Der Leistungsort

bei

Zug- um Zugleistung.

Inaugural-Dissertation

der

iuristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Ludwig Jerns

Rechtspraktikant

aus Speyer am Rhein.

ACAD
LUDWIG-MAX
MÜNCH.

Approbiert am 16. Dezember 1910.

Speyer.

Druck der Dr. Jäger'schen Buchdruckerei.

1911.

198

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder.

Meiner lieben Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543502_0053

Literatur,

die in nachstehender Abhandlung benutzt und citiert wurde.

Arndts von Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten. 14. Aufl. Stuttgart, 1889.

Auswanderungswesen, Gesetz über das.

Binnenschiffahrt, Gesetz über die privatrechtlichen Verhältnisse der.

Bodenhausen, De loco solutionis.

Boethke, Die Ablieferung des Frachtgutes in Gruchots Beitr. Bd. 53. S. 317.

Burchhard, J., Zur Lehre vom Erfüllungsort (1880). Kiel.

Crome, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes.

Concursordnung, für das deutsche Reich.

Corpus iuris civilis.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl.

— — Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. I u. II. 3. Aufl.

Eger, Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen. Band 25.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 8. Aufl.

Engelmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Deutschlands mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Seerechts. 1. und 2. Aufl.

Eisenbahnverkehrsordnung.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Fischer-Henle, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Aufl.

Flösserei, Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der.

Gaupp-Stein, Commentar zur Zivilprozessordnung. 8. u. 9. Aufl.

Glück, Erläuterung zu den Pandeken. (1815). Bd. 19.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 25, 37, 44 Beilage-Heft S. 1148, 53.

Haidlen, Das B. G. B. mit den Motiven und gesetzgeberischen Vorarbeiten. 1897.
Heilfron, Lehrbuch des bürgerlich. Rechts. Bd. I u. II. 4. Aufl.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht.
— — Lehrbuch des Zivilprozessrechts.
Herbst, Der Gerichtsstand der Wandlungsklage. 1904. Erlang. Diss.
Juristische Wochenschrift 1900, 1905, 1908.
Keller, Lehrbuch der Pandekten.
Kerssenbohm, Der Leistungsort. 1904.
Keutner, Die rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge. 1899.
Kisch, Beiträge zur Urteilslehre.
— — Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen.
Krahmer, Gegenseitige Verträge. Halle. 1905.
Landé, Commentar zum B. G. B.
Lang, Über die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. 1829.
Leonhard Franz, Erfüllungsort und Schuldort. Berlin. 1907.
Melchior, Über den Erfüllungsort bei Obligationsverhältnissen, insbesondere Distanceverkäufen. Göttinger Inauguraldissertation. 1892.
Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch. Offizielle Ausgabe.
Oertmann, P., Commentar zu den Schuldverhältnissen. 2. Aufl.
— — Leistung, Zug um Zug in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1. Jhrg. Nr. 1 und Nr. 2. 1905.
— — Zur Lehre vom Leistungsort in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. Jahrgang 1908. S. 385 ff.
Petersen, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Rostocker Dissertation. 1900.
Plank, Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl.
Postordnung für das deutsche Reich vom 20. III. 1890.
Postwesen, Gesetz über das, vom 28. I. 1871.
Reatz, Die Lehre vom Erfüllungsort. (1862). Giessen.
— — Der Erfüllungsort in dem „Gutachten aus dem Anwaltsstand über die 1. Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches". Berlin, 1890.
Recht, Die Zeitschrift das. Jahrg. 1901 u. 1902.
Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 40: Über die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.
Rechtssprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 16, 38.
Reichsgerichtsräte, Commentar derselben z. B. G. B. 1. Aufl.
Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen. Berlin. 1889.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. 8. Bd.
Schollmeyer, Commentar zu den Schuldverhältnissen.
Schulin, Zur Lehre vom Erfüllungsort. 1879.
Senkpiehl, Die Erhaltung des Frachtführerpfandrechts in Eger's Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen und Abhandlungen, Bd. 25. S. 204—209.

Seuffert L., Commentar zur Zivilprozessordnung. 10. Aufl.
Seufferts Archiv. Bd. 46, 49, 52, 54.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Jahrg. 1908.
Staub, Commentar zum alten Handelsgesetzbuch. Aufl. 5.
— — Commentar zum neuen Handelsgesetzbuch. 6./7. Aufl.
Staudinger, Commentar zum B. G. B. 5./6. Aufl.
Tietze, Unmöglichkeit der Leistung.
Verlagsrecht, Reichsgesetz darüber, vom 19. VI. 1901.
Weismann in der Zeitschrift für Zivilistische Praxis. Bd. 17. S. 30. Anm. 24.
Westerburg in Gruchots Beiträgen. Bd. 25, S. 56. Anm. 21.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten. II. Bd. 9. Aufl.
Zeitschrift für Zivilistische Praxis. Bd. 17.

Disposition.

A. Einleitung. Die Wichtigkeit des Problems für die Praxis.
B. Abhandlung.
  I. Vorfragen.
    1. Was ist der Leistungsort?
      a) Bekämpfung der Leonhard'schen Lehre und
      b) Verteidigung der herrschenden Lehre.
    2. Rechtliche Natur der Zug- um Zugleistung.
      a) Bekämpfung Endemanns,
      b) Bekämpfung Heilfrons,
      c) Verteidigung der herrschenden Lehre.
    3. Anwendungsgebiet der Zug- um Zugleistung; bedingt:
      a) durch gesetzliche Bestimmung,
      b) durch Vereinbarung der Parteien.
  II. Kernpunkt des Themas.
    1. Stand der Literatur. 3 Haupttheorien.
      a) Die herrschende Lehre ist die des Reichsgerichts,
      b) Die gegnerische Lehre Oertmanns,
      c) Mittelmeinungen.
    2. Stellungnahme
      a) Bekämpfung der Reichsgerichtstheorie,
      b) Bekampfung der Oertmann'schen Lehre.
    3. Aufstellung einer eigenen Meinung. Beweisführung:
      a) Unzulänglichkeit der bisherigen Theorieen,
      b) Begründung der eigenen Ansicht,
        α) Aus dem Wortbegriff der Zug- um Zugleistung,
        β) Aus der Fassung des Gesetzes,
        γ) Aus der Praxis.
      c) Widerlegung von Einwänden,
      d) Vorteile unserer Theorie.

§ 1.

Einleitung.

In der nachstehenden Abhandlung wollen wir untersuchen, ob bei Zug- um Zugleistungen der Leistungsort sich nach der gewöhnlichen Regel des § 269 B. G.-B. besimmt, oder ob er geändert wird. Bekanntlich bestimmt ja § 269, daß der Schuldner an seinem Wohnsitz oder dem Ort seiner gewerblichen Niederlassung zu leisten hat, wenn sich nicht aus der Natur des Schuldverhältnisses oder aus anderen Umständen eine Abweichung ergibt. Ob die Zug- um Zugleistung aber eine derartige Ausnahme von der gewöhnlichen Bestimmung des Leistungsortes notwendig macht oder nicht, soll Gegenstand unserer Abhandlung sein.

Bis jetzt ist die Frage in der Literatur nur sehr wenig behandelt worden, und wo wirklich einmal darauf eingegangen wurde, geschah es — von den Entscheidungen der höheren Gerichte abgesehen — fast durchweg mit aphoristischer Kürze. Es ist dies umsomehr zu verwundern, als es sich hierbei nicht blos um theoretisch interessante Fragen, sondern auch um praktisch wichtige Konsequenzen handelt. Dies wird sofort klar, wenn man die große Bedeutung würdigt, die der Leistungsort im Rechtsleben hat. Es sei daran kurz erinnert durch Aufzählung der wichtigsten Rechtsverhältnisse, in denen der Leistungsort eine maßgebende Rolle spielt.

So kann der Gläubiger nur an ihm vom Schuldner Leistung mit der Wirkung verlangen, daß der Schuldner bei Nicht-

leistung in Verzug gerät. Und umgekehrt kann hinwiederum nur dort der Schuldner die Leistung in der Weise anbieten, daß der Gläubiger, wenn er dort nicht annimmt, in Abnahmeverzug gerät. Für beide Parteien ist demnach der Leistungsort bindend.

Er ist ferner Schwerpunkt der Obligation in räumlicher Beziehung — wenigstens ist man heute dieser Anschauung, während man früher den Entstehungsort dafür annahm.

Handelt es sich darum, irgend eine Funktion der Obligation auf einen bestimmten Punkt zu radizieren, so ist der Leistungsort der maßgebende [1]) — so wenigstens nach der herrschenden Meinung.

Im Zweifel richten sich ferner Maß, Gewicht, Währung Zeitrechnung usw. nach dem Leistungsort. Diese ausdrückliche Vorschrift des H. G. B. § 361 gilt wohl regelmäßig auch für das Gebiet des gewöhnlichen bürgerlichen Rechtes.[2])

Auch sonst ist in erster Linie der Leistungsort für die Vertragsauslegung von entscheidender Bedeutung; so für die in Frage kommende Verkehrssitte oder Usance.[3])

Bei der Kollision mehrerer Rechtsordnungen entscheidet der Leistungsort, welchem Rechtsgebiet ein Vertragsverhältnis angehört.[4])

Ebenso ist für den Gerichtsstand des § 29 C. P. O., für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung, der Leistungsort maßgebend.

Durch diese keineswegs erschöpfende Aufzählung ist die weittragende Bedeutung des Leistungsortes und damit die Wichtigkeit unseres Themas für die Praxis dargetan.

---

[1]) S. Kerssenbohm S. 14; R. O. H. G. Bd. 6, S. 78, Bd. 24, S. 131; Savigny: System des heut. röm. R. Bd. 8 S. 205 ff. Staub, H.-G.-B. Exkurs zu § 372 A. 5. Dernburg: Bürgerl. Recht I. S. 103. Cosack: Lehrb. d. bürgerl. Rechts S. 390. A. M.: Windscheid-Kipp Pandekten I. § 35, 3 b. Anm. 9. Vgl. Art. 9, 11, 12, E. G. z. B. G.-B.

[2]) S. Staub: Excurs zu § 372, Anm. 5.

[3]) S. R. O. H. G., Bd. 6, S. 78.

[4]) S. Endemann, Lehrb. 6. Aufl., S. 698.

§ 2.

Begriff des Leistungsortes.

Zunächst ist, zwecks gründlicher Behandlung unseres Problems, notwendig auf das Wesen des Leitungsortes einzugehen.

Was ist der Leistungsort? Es ist notwendig, diese scheinbar leicht zu beantwortende Frage zu stellen, denn erst in den letzten Jahren ist von Franz Leonhard in seinem Buch „Erfüllungsort und Schuldort",[1]) die herrschende Auffassung vom Leistungsort scharf bekämpft worden und zwar mit nicht zu verachtenden Argumenten.

Die Verteidigung der herrschenden Lehre gegen diesen Angriff Leonhard's hat Oertmann in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung von 1908 S. 385 ff. unternommen.

Ich kann es nun nicht umgehen, auf diese beiden Abhandlungen Bezug zu nehmen, umsomehr, als Oertmann cit loc. eine Scheidung macht zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg, die für uns zur Lösung unseres Problems von großer Wichtigkeit ist. Diesen einen Punkt wollen wir deshalb aus der Oertmannschen Abhandlung herausgreifen, da wir uns dann später in § 8 ein näheres Eingehen darauf sparen können.

Leonhard sagt[2]): Es sei beim Leistungsort eine scharfe Scheidung zu machen zwischen dem Ort, wo die Leistung sich tatsächlich vollzieht — diesen Ort nennt Leonhard Vollzugsort — und dem Ort, nach dem sich in den wichtigsten Beziehungen das rechtliche Schicksal der Schuld, insbesondere der Gerichtsstand, das anzuwendende Recht und die Auslegung richten. Diesen letzteren Ort nennt Leonhard Schuldort. Dieser Ort allein sei es, von dem § 269 B. G.-B. spreche.

Die herrschende Meinung dagegen versteht unter Leistungsort im Sinne des § 269 B. G.-B. den Ort, an dem die Leistung tatsächlich vollzogen wird.

Unter den mannigfachen Argumenten, mit denen Oertmann die herrschende Lehre verteidigt und mit denen er den entscheidenden Schlag gegen Leonhard führt, ist dieses das wichtigste und das überzeugendste: Daß wir unter dem Wort

---

[1]) S. Leonhard: Erfüllungsort und Schuldort. Berlin 1907.
[2]) S. Leonhard: cit. loc. S. 2.

Leistung zweierlei verstehen müssen, nämlich Leistungshandlung und Leistungserfolg.

Dadurch wird Leonhards Hauptbeispiel, das er zu Gunsten seiner Theorie anführt — der Kauf — entkräftet.

Leonhard sagt[1]):

Nach § 433 B. G.-B. ist der Verkäufer verpflichtet dem Käufer Besitz und Eigentum an dem Kaufgegenstand zu verschaffen. Diese Pflicht kann aber der Verkäufer nicht mit der Absendung, sondern erst mit Aushändigung der Ware an den Erwerber erfüllen. Also: „Ist die Uebersendungspflicht nichts anderes als ein Ausfluß der Verpflichtung zür Übergabe".

Und S. 35: Die Übersendungspflicht gehört mit zu den normalen Pflichten des Verkäufers aus dem Kaufvertrag.

Dagegen bemerkt Oertmann mit Recht[2]): Diese Auffassung sei eine Übertreibung, da sie jeden Kauf zum Versendungskauf stemple; ferner sei nicht einzusehen, warum der Verkäufer Besitz und Eigentum nicht ebenso gut am eigenen Wohnort auf den Käufer übertragen könne: „Nur daß er übergeben muß, nicht wo er übergeben muß, schreibt § 433 B. G.-B. vor".

Wir können uns des Näheren nicht darauf einlassen und verweisen deshalb noch auf Oertmann cit. loc. S. 387, wo Oertmann des Genaueren nachweist, daß die Versendungspflicht nicht zu den allgemeinen, selbstverständlichen Verkäuferpflichten gehört.

Die meiste Schwierigkeit macht der Versendungskauf, und hier ist es, wo Oertmann mit seiner Unterscheidung von Leistungshandlung und Leistungserfolg, die wir in völliger Übereinstimmung unten im § 8 gleichfalls vertreten, die herrschende Lehre glänzend verteidigt.

Auch beim Versendungskauf erfolgt die Verkäuferleistung beim Verkäufer, in der Regel also an dessen Wohnort.

Andernfalls hätte ja der Verkäufer seine Leistung noch nicht vollendet, so lange sich die Ware auf dem Transport befindet. Er müßte also die Gefahr während des Transportes tragen und § 447 wäre dann eine Ausnahmebestimmung ge-

[1]) Leonhard: S. 34 a. a. O.

[2]) Oertmann Seuff Bl. f. R. A. 1908. S. 386.

gegenüber dem Grundsatz der Gefahrtragung bei den gegenseitigen Verträgen des § 323, die gänzlich unmotiviert wäre.

Außerdem spricht unter manch andern Argumenten[1]) Folgendes zu Gunsten der herrschenden Lehre:

Was ist unter Leistung zu verstehen?

Versteht man darunter „Erfüllung", so ist Leonhard im Recht, wenn er behauptet, daß dieselbe durch Absendung der Ware noch nicht vollendet ist. Es frägt sich aber, ob unter Leistung nur „Erfüllung" verstanden werden kann und ob insbesondere der maßgebende § 269 B. G.-B. darunter „Erfüllung" versteht.

Nach unserer mit Oertmann völlig übereinstimmenden Meinung kann unter Leistung zweierlei verstanden werden. Nämlich:

1. Einmal das, was für den Schuldner zur Herbeiführung oder — wie § 320 B. G.-B. sagt — zur „Bewirkung" der Leistung erforderlich ist: die Leistungshandlung.
2. Die Herbeiführung des Leistungserfolges = Erfüllung.

Dieser Unterschied ist in zahlreichen Fällen von Bedeutung, wenn er auch nicht immer hervortritt. Wichtig wird diese Unterscheidung z. B. bei Verpflichtung zur Übertragung von Besitz oder Eigentum von Immobilien. In solchen Fällen läßt sich der Leistungserfolg ohne entsprechende Mitwirkung des Gläubigers oder eines Dritten z. B. des Grundbuchamtes gar nicht herbeiführen.

Wenn sich nun auch nicht mit zweifelhafter Deutlichkeit feststellen läßt, in welchem Sinn das B. G.-B. das Wort „Leistung" gebraucht, jedenfalls ist es sich des Gegensatzes von Leistung und Erfüllung bewußt und scheidet in vielen Punkten die beiden Begriffe scharf; so in § 293 verglichen mit § 372. Dort wird ein nach § 294 B. G.-B. reales Angebot der „Leistung" verlangt als Voraussetzung des Annahmeverzugs, während § 372 B. G.-B den Annahmeverzug unter den Fällen aufzählt, die den Schuldner an Vornahme der „Erfüllung" hindern.

An anderen Stellen hingegen ist Leistung wieder eher gleich Leistungserfolg oder Erfüllung zu setzen. So in § 280.

[1]) S. ferner Oertmann a. a. O., S. 388 f.

Wenn hier bestimmt wird: „Soweit die Leistung . . . unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen", so ist klar, daß hier Leistung nur = Leistungserfolg gesetzt werden kann, da ja dem Gläubiger meist nicht dadurch Schaden entsteht, daß der Schuldner die ihm obliegende Leistungshandlung nicht vornimmt, sondern dadurch, daß der Leistungserfolg nicht eintritt; und um dieses Zweckes willen werden ja die meisten Schuldverhältnisse eingegangen.

Haben wir so gezeigt, daß tatsächlich das Wort „Leistung" vom Gesetz einmal im Sinne von „Leistungshandlung", ein andermal als „Leistungserfolg" verstanden wird, so ist damit schon mindestens die Möglichkeit bewiesen, daß Leistung im § 269 B. G.-B. unter der Bedeutung von Leistungshandlung zu verstehen ist.

Und wenn man nun in Erwägung zieht, was ja gerade Leonhard selbst geltend macht, daß der Leistungserfolg oft gar nicht am Wohnort des Schuldners eintreten kann, so dürfte man als feststehend betrachten können, daß in § 269 Leistung = Leistungshandlung zu setzen ist.

Das ist ja freilich richtig, daß mit der Leistunghandlung die Verpflichtungen des Schuldners noch nicht überall zu Ende sind. Aber diese Verpflichtungen sind teils negativer, teils akzessorischer Natur, die den Grundcharakter des Verhältnisses nicht zu ändern vermögen, jedenfalls nicht imstande sind, zu bewirken, daß der Schuldner den gesamten Leistungserfolg herbeiführen muß.

Und in dieser Verkennung des Unterschiedes von Leistungshandlung und Leistungserfolg beruht die Schwachheit der Leonhard'schen Lehre. So bestechend es auf den ersten Blick wirkt, wenn Leonhard argumentiert: In den Hauptfällen ist die Leistung am Wohnort des Schuldners gar nicht möglich, und folglich ist die Auffassung der herrschenden Lehre falsch, wenn sie sagt, der Schuldner hat an seinem Wohnsitz zu leisten, so einfach löst sich das scheinbar Widersinnige, wenn man unter Leistung mit Oertmann nicht Leistungserfolg, sondern Leistungshandlung versteht.

Und diese Annahme rechtfertigt sich auch und findet ihre Begründung in der Natur des Schuldverhältnisses. Vermöge

desselben wird der schuldnerische Wille in einer bestimmten Richtung hin gebunden, etwas zu tun oder nicht zu tun. Und kraft des Schuldverhältnisses ist der Schuldner nur zur Vornahme der Leistungshandlung verpflichtet, niemals aber zur Bewirkung des Leistungserfolges, da derselbe ja oft ganz unabhängig vom Willen des Schuldners ist und häufig sogar durch ihn allein gar nicht bewirkt werden kann, wie oben schon erwähnt. Und würde in all den Fällen, in denen der Leistungserfolg nicht oder nicht allein durch den Schuldner bewirkt werden kann, ein Vertrag geschlossen, durch den der Schuldner doch dazu verpflichtet würde, wo also die Leistungshandlung zugleich in der Bewirkung des Leistungserfolges bestehen sollte, so wäre ein solcher Vertrag nach 306 B. G.-B. nichtig.

Es würde den Rahmen unserer Abhandlung überschreiten, wollten wir noch auf alle übrigen Argumente eingehen, die Leonhard der herrschenden Lehre entgegensetzt. Es mag deshalb mit der eben geführten Entkräftung seines Hauptstützpunktes genug sein. Im übrigen sei noch verwiesen auf Oertmann [1]).

Auf Grund des eben über den Leistungsort Gesagten können wir denselben mit der herrschenden Lehre definieren: „Als den Ort im Raum, wo der Schuldner tatsächlich seine Leistungshandlung vollzieht oder vielmehr vollziehen muß; nicht ist es der Schuldort im Sinne Leonhard's, und nicht ist es der Ort, wo der Erfolg der Leistung eintritt".

§ 3.

Rechtliche Natur der Zug- um Zugleistung.

Bevor wir auf die Behandlung des Kernpunktes unseres Themas eingehen können, müssen wir noch einzelne Vorfragen erledigen und zu ihnen Stellung nehmen.

So ist vor allem die rechtliche Natur der Zug- um Zugleistung näher zu untersuchen mit den damit zusammenhängenden Nebenfragen. Anders ist es uns nicht möglich, einen grundlegenden Beurteilungsmaßstab zu gewinnen.

Bekanntlich gewährt die Zug- um Zugleistung jedem dazu Berechtigten und Verpflichteten das Recht, seine Leistung zu

[1]) Oertmann a. a. O. S. 393 ff.

verweigern bis zur Bewirkung der Gegenleistung. Dies Recht wird im Prozeß geltend gemacht in Form einer Einrede, die technisch den Namen „Einrede des Zurückbehaltungsrechtes" führt, oder bei Leistungsansprüchen aus einem gegenseitigen Vertrag als „Einrede des nichterfüllten Vertrags" vorgeschützt wird.

In neuerer Zeit ist nun wieder die alte Streitfrage aufgetaucht: Inwieweit die Abhängigkeit der beiden Zug- um Zug-zu bewirkenden Leistungen geht. Insbesondere ist es Endemann, der in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes behauptet[1]): Der auf Leistung Verklagte schulde nur Austausch seiner Leistung gegen die des Klägers. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes und des nicht erfüllten Vertrags hätten überhaupt keine Einredewirkung — mit andern Worten: sie seien gar keine wahren Einreden. Denn beim Zurückbehaltungsrecht fordere der auf reine Leistung gerichtete Anspruch inhaltlich mehr als dem Kläger dem „Rechte nach gebühre": „die entscheidende Ordnung in § 274 stellt den Anspruch materiell in Abhängigkeit von der Bewirkung der Gegenleistung". Ebenso gilt das Gesagte von der Einrede des nichterfüllten Vertrags: „geltend gemacht wird die wechselseitige, materielle Abhängigkeit der Erfüllungspflichten; der Kläger begehrt mehr als ihm gebührt".

Diese Theorie Endemanns hat im gemeinen Recht schon einen Vorgänger gehabt in Keller[2]), der bei der Lehre vom gegenseitigen Vertrag lehrt: Daß zwar die aus einem solchen Vertrage entspringenden Obligationen selbständig seien, jedoch derart bedingt, daß jeder Kontrahent nur ein Recht auf Austausch der gegenseitig versprochenen Leistungen habe.

Zum besseren Verständnis müssen wir hier kurz auf die rechtliche Natur des gegenseitigen Vertrags eingehen.

Das Wesen desselben, insbesondere seine Struktur, ist im gemeinen Recht äußerst bestritten gewesen. Und auch das B. G.-B. hat den Streit nicht aus der Welt geschafft, denn:

„Der Wissenschaft und Praxis muß es nach wie vor überlassen bleiben, aus den einzelnen Vorschriften des Gesetzes

[1]) Endemann: Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 8. Aufl., Bd. 1, §§ 88 Anm. 46, 125 Anm. 14, 126 Anm. 21.

[2]) Keller: Pandekten, S. 260.

über den gegenseitigen Vertrag diesfalls die Konsequenzen zu ziehen".

So die Motive![1])

Darüber war man sich im gemeinen Recht einig: Daß aus dem gegenseitigen Vertrag zwei Obligationen — es können ihrer auch mehr sein — entspringen, die sich gegenseitig berühren, die in gewisser Beziehung zu einander stehen. Um so streitiger war die Frage, wie weit und in welcher Form die tatsächliche Natur der Verträge, die in dem Wert der Gegenseitigkeit gegeben ist, rechtlich wirke.

Das ist unbestritten: Daß es einen gegenseitigen Vertrag ohne mindestens zwei Obligationen nicht gibt; diese sind begriffswesentlich, sie stehen in einem engen Berührungsverhältnis zu einander, so daß die eine Obligation das Schicksal der der andern notwendig teilen muß; in Entstehen, Geltendmachung, Bestehen und Erlöschen tritt die Gegenseitigkeit zu Tage. Jeder Vertragsteil hat — zum Unterschied von den einseitigen Verträgen — eine actio directa. Kein Vertragsteil braucht vor dem andern zu erfüllen.

Dagegen herrscht großer Streit über den Grad der Abhängigkeit. Es gibt eine Reihe von Ansichten darüber[2]), die in erster Linie vertreten werden von Liebe, Dernburg, Keller und Windscheid. Die beiden wichtigsten Theorien werden auch heute noch vertreten. So die von Windscheid und Keller:

1. Nach Windscheid und Ryks Gegenseitigkeitstheorie sind die Obligationen zwar selbständig, doch ist dem Beklagten das Gegenrecht gewährt, Berücksichtigung seiner Gegenforderung zu erzwingen, weil der Kläger mit seiner Forderung, ohne selbst erfüllt zu haben oder Erfüllung anzubieten, gegen die Absicht des Vertrages verstoße.

2. Nach Keller sind die Obligationen gleichfalls selbstständig, aber derart bedingt, daß jeder Kontrahent nur ein Recht auf Austausch der gegenseitig versprochenen Leistungen hat.

Und diese Ansicht Kellers wird für das neue Recht auch von Endemann mit denselben Gründen verteidigt. Ihr Hauptgewicht legen beide Rechtslehrer auf die exceptio non adimpleti

---

[1]) Motive z. B. G.-B., S. 200.

[2]) S. Keutner: Die rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge, S. 8 ff., der eine eingehende Gegenüberstellung gibt.

contractus, wie diese ja im im gemeinen Recht überhaupt den Ausgangspunkt der meisten Theorien über den gegenseitigen Vertrag gebildet hat.

Da aber unsere eigene Meinung über den Leistungsort bei Zug- um Zugleistungen sich gerade auf eine besondere Auffassung von der Natur der Zug- um Zugleistung stützt, sind wir gezwungen, die unserer Meinung nach unrichtige Auffassung Endemanns ausführlicher zu bekämpfen. Zugleich verweisen wir auf Oertmann in der Zeitschrift für Rechtspflege.[1])

Bevor wir jedoch auf Endemanns Ansicht eingehen, wollen wir der Vollständigkeit halber darauf hinweisen, daß vor ihm Landé[2]) eine noch viel weitergehende Behauptung aufgestellt hat, nämlich die, daß auch im B. G.-B. die Vorschrift des Preußischen Allgemeinen Landrechtes gelte: daß bei Ansprüchen aus gegenseitigen Verträgen der Gläubiger von vornherein eine Klage auf die gegnerische Leistung nur dann wirksam verfolgen könne, wenn er nachweise — was zum Klagegrund gehört — daß er seinerseits erfüllt habe oder erst zur Nachleistung verpflichtet sei.

Dies ist nicht richtig. Schon die Motive zum B. G.-B. lehnten diese Konstruktion des A. L. R. ab und § 366 des I. Entwurfs tritt dieser Auffassung direkt entgegen, indem er sagt:

„Wer aus einem gegenseitigen Vertrag, die ihm gebührende Leistung einklagt, hat erst dann, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß der Kläger die ihm obliegende Leistung noch nicht bewirkt habe, zu behaupten und im Bestreitungsfalle zu beweisen, daß er die ihm obliegende Leistung bewirkt habe."

Dieser § 366 des I. Entwurfes ist zwar im Gesetz gestrichen, findet sich dagegen seinem Inhalte nach im § 322 Abs. 1 B. G.-B.: „Erhebt aus einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil Klage auf die ihm geschuldete Leistung, so hat die Geltendmachung des dem andern Teil zustehenden Rechts die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, nur die Wirkung, daß der andere Teil zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist".

---

[1]) Oertmann: Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905, Heft 1, S. 12 ff

[2]) Landé: Kommentar zum B. G.-B. z. § 320, Anm. 5.

Da Landé selbst den Beweis für seine Behauptung schuldig bleibt und dieselbe auch sonst in der Literatur nicht vertreten wird, erübrigt sich eine weitere Widerlegung.

Was dagegen die Endemann'sche Meinung betrifft, so ist Folgendes zu erwidern:

Der Klagegrund, der ja in der Klageschrift angegeben sein muß, muß jedenfalls — gleichviel ob man nun der Substanziierungs- oder der Individualisierungstheorie folgt — das Rechtsverhältnis bezeichnen, aus dem der klagbare Anspruch entspringt. Dieses Rechtsverhältnis wird aber in unserm Fall — bei der Leistungsklage aus einem gegenseitigen Vertrag — durch diesen Vertrag selbst gebildet.

Das Gericht darf aber dem Kläger das Verlangte nur zusprechen, wenn es gerechtfertigt ist, d. h. nur dann, wenn ein solcher Anspruch überhaupt aus dem im Klagegrund bezeichneten Rechtsverhältnis — in unserm Fall also dem gegenseitigen Vertrag — entspringen kann. Nach Endemann kann aber als Anspruch hier nur entspringen: Austausch der einen Leistung gegen die andere. Würde also der Kläger auf reine Leistung klagen, so müßte er — konsequent der Endemann'schen Auffassung — mit seinem Klagbegehren abgewiesen werden, da der Anspruch auf reine Leistung gegenüber dem Anspruch auf Austausch der Leistungen ein plus wäre, das sich aus dem tatsächlichen Vorbringen des Klägers nicht rechtfertigen ließe.

Es könnte demnach gemäß § 331 II. C. P. O. dem Kläger durch Versäumnisurteil nur das zugesprochen werden, was er aus dem den Klagegrund bildenden Rechtsverhältnis zu fordern hat — Austausch der Leistung —, mit dem überschießenden Teile seiner Forderung müßte er abgewiesen werden.

In Wirklichkeit wird aber der Kläger hier nicht schon von Amtswegen damit abgewiesen und auch § 322 I. B. G.-B. spricht hier sehr deutlich gegen Endemann. Nach der ausdrücklichen Vorschrift dieses § wird der Beklagte erst dann statt zur reinen Leistung zur Leistung Zug um Zug verurteilt, wenn der Beklagte sein Recht, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern im Prozesse geltend macht.

Wäre aber die Lehre Endemanns richtig, so wäre diese Bestimmung des § 322 I. B. G.-B. vollständig überflüssig, da

der Richter von Amtswegen auch ohne Geltendmachung der exceptio non adimpl. contr. im Sinne von § 322 I. entscheiden müßte, nämlich immer nur verurteilen dürfte zur Leistung Zug um Zug.

Übrigens gibt ja Endemann selbst zu, daß der Beklagte ohne Geltendmachung der exceptio zur reinen Leistung verurteilt wird. Er sucht jedoch diese Tatsache derart zu erklären, daß sie sich trotzdem mit seiner Behauptung vom Austauschanspruch verträgt. Er sagt:

Die Ursache liege darin, daß durch Nichtgebrauch der Einrede das gegenseitige Vertragsverhältnis sich in zwei selbstständige Verpflichtungen verwandle.

Doch das ist nur eine ganz willkürliche Annahme! Selbst wenn man auch bei ausdrücklichem oder stillschweigendem Einredeverzicht des Beklagten die Möglichkeit einer solchen Verwandlung zugeben würde, so kann man aber doch unmöglich behaupten, daß durch das bloße Nichterscheinen des Beklagten eine solche zivilistische Wirkung entstehe. Die Parteien können wohl kraft ihres Willens ein Rechtsverhältnis aufheben oder ändern, d. h. auf den gegenseitigen Vertrag angewendet: Sie können wohl vereinbaren, daß die beiden in synallagmatischem Verhältnis stehenden Verpflichtungen, von einander unabhängig sein sollen; aber dieser Wille, der ein Rechtsverhältnis nachträglich modifiziert, muß auch erkennbar zu Tage treten.

Ist dies aber schon dann nicht zweifelsfrei der Fall, wenn der Beklagte vor Gericht erschienen ist und die Einrede nicht geltend macht, so kann doch unmöglich aus dem bloßen Nichterscheinen des Beklagten eine solche, weittragende Folgen in sich bergende Willenserklärung gefolgert werden.

Ferner spricht gegen Endemann die nicht bestreitbare Tatsache, daß der Anspruch und der Zug um Zug zu erfüllende Gegenanspruch einer verschiedenen Verjährungsdauer unterliegen können oder tatsächlich zu verschiedenen Zeitpunkten die Verjährung vollenden.

Das steht fest, wenn der Anspruch meines Gegners verjährt ist, kann ich doch trotzdem meinen Anspruch verfolgen, wenn er nicht gleichfalls verjährt ist.

Wie kann man da aber sagen, der Kläger hat nur Anspruch auf Austauch der Leistungen? Man kann ihn doch nicht zwingen, wenn er die ihm gebührende Leistung fordert, gleichfalls zu leisten. Dies ist ja gerade die charakteristische Wirkung der Verjährung, daß sie jeden Zwang ausschließt, in dem sie den Schuldner der verjährten Forderung berechtigt, die Leistung zu verweigern.

Andernfalls ergebe sich da folgende Situation: Der Kläger kann nur klagen auf Austausch der Leistungen. Erfüllt nun er seinerseits nicht, dann ist ein Austausch nicht möglich. Will er aber die Gegenleistung, so bleibt ihm nichts übrig als selbst zu leisten. Dann würde aber der Zweck des Gesetzes vereitelt, das mit der Verjährungseinrede dem Schuldner das Recht geben will, die ihm obliegende Leistung zu verweigern.

Man sieht, die Theorie vom Austauschanspruch ist mit den Vorschriften der Verjährung nur sehr schwer in Einklang zu bringen.

Wollte aber Endemann sagen, der Anspruch des Klägers verwandle sich durch Eintritt der Verjährung des Gegenanspruchs in einen solchen auf reine Leistung, so müßte das erst bewiesen werden, denn Behauptungen sind nicht um ihrer selbst willen des Beweises nicht bedürftig. Durch die Verjährung gewinnt der Kläger zu seinem Anspruch auf Austausch der Leistungen ein Recht auf Verweigerung der ihm obliegenden Verpflichtung.

Würde man nun sagen wollen, beide Rechte zusammen geben das Recht, reine Leistung zu verlangen, so würde man der rechtlichen Natur dieses Anspruches Gewalt antun und diese Konstruktion würde äußerst gekünstelt klingen; denn das eine — der Anspruch aus dem gegenseitigen Vertrag — ist ein Recht auf positive Leistung, das andere dagegen ist ein Recht, etwas nicht zu tun zu brauchen.

Aus den angeführten Beweispunkten ergibt sich, daß die Endemann'sche Lehre nicht die richtige sein kann.

Es ist vielmehr der herrschenden Lehre beizustimmen, die ihren Standpunkt dahin präzisiert: Bei der Verpflichtung zweier Personen zu Leistungen Zug um Zug, steht jeder Partei — es sei denn, daß die Parteien anders verabreden — ein selbstständiger Anspruch zu, der nur mit Rücksicht auf die ihr

obliegende Leistung einredebehaftet ist und deshalb ohne Zustimmung des Gegners nicht durchführbar, ohne Rücksicht auf die eigene Leistungsverpflichtung.

Und wenn Keller[1]) sagt: Der Inhalt der Obligationen sei bedingt — deshalb könne nur auf Austausch geklagt werden — so möchte ich demgegenüber unsere Auffassung dahin bestimmen: Die Bedingtheit in der Obligation ist auch in der Erfüllung des Vertrages keine inhaltsmäßige: jede Obligation ist vielmehr mit ihrem Entstehen eine unabhängige in Hinsicht auf ihren Inhalt, nur steht sie — gleichviel wie ihr Inhalt lautet — in einer Beziehung zur Gegenverbindlichkeit und diese Beziehung ist auch bei der Erfüllung wiederum die juristische Form der Bedingung. Es drückt sich dies schon in der Erfüllung Zug um Zug aus. Wenn die Leistung auf der einen Seite geschieht, so hat sie auch auf der andern zu geschehen, jeder Kontrahent kann seine Leistungen verweigern, wenn der andere Teil nicht erfüllt, durch Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

§ 3a.

Exceptio nonadimpleti contractus.

Getreu seiner Behauptung, beim gegenseitigen Vertrag erwüchse den Parteien nur ein Recht auf Austausch, leugnen Keller[2]) und Endemann[3]), daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrags eine wahre Einrede sei. Sie behaupten, diese sog. Einrede sei in Wahrheitt negative Litiskontestation, Leugnen des Klaganspruchs, Behauptung, daß die klägerische Forderung schon an und für sich nicht begründet sei. So auch für das gemeine Recht: Glück[4]), Lang[5]), Schenk[6]), Treitschke[7]), Sintenis[8]) und für das neue Recht: Engelmann[9]), Heilfron[10]) und Landé[11]).

---

[1]) S. oben Keller a. a. O.
[2]) S. oben Keller a. a. O.
[3]) S. oben Endemann a. a. O.
[4]) Glück, XIX., S. 229 (1815) Erl. z. Pand.
[5]) Lang, Über die Einr. d. n. erf. Vertr. (1829).
[6]) Schenk, A. C. Pra. XVII. S. 93 f., S. 202 fg. 1834, XX. S. 427 fg. 1837.
[7]) Treitschke, A. C. Pra. XXII. S. 278 f., 422 fg. 1839.
[8]) Sintenis, Das prakt. gem. Civ.-Recht II. § 97, 61.
[9]) Engelmann, Lehrb. d. b. R. in den älteren Aufl.
[10]) Heilfron, Lehrb. d. bürg. R., II. Bd., S. 210, § 210, § 99 Anm. 1.
[11]) Landé, Kommentar z. B. G.-B. S. 87 zu § 320 Anm. 5.

Wäre dies richtig, so könnte unsere Auffassung, daß beim gegenseitigen Vertrag jeder Partei ein selbständiger, aber einredebehafteter Anspruch zustehe, nicht aufrecht erhalten werden. Wir müssen deshalb auf diese Spezialfrage in der Lehre von der exceptio non adimpleti contr. näher eingehen. Es würde natürlich den Rahmen dieser Abhandlung weit überschreiten, wollten wir zu jeder oben angeführten Ausführung Stellung nehmen. Wir begnügen uns daher, eine kurze Widerlegung Endemanns und Heilfrons zu geben, im wesentlichen sind ja damit zugleich allgemein die Hauptpunkte dieser Lehre widerlegt.

Zunächst sei daran erinnert, daß wir schon oben dargetan haben, daß die Einrede des n. erf. Vertr. — dasselbe gilt für die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes wie überhaupt alles in diesem § von der exceptio non adimpleti contr. Gesagte — nicht von Amtswegen, insbesondere nicht im Versäumnisverfahren, berücksichtigt werden könne. Es ergibt sich dies schon aus der Entstehungsgeschichte des § 322 B. G.-B. Im gemeinen Recht mochte ja die Streitfrage, ob die Einrede des nicht erfüllten Vertrags von Amtswegen oder nur infolge Vorschützens durch den Beklagten berücksicht werde, diskutabel sein. Aber gerade der eben angeführte § 322 bringt diesen Streit zur Entscheidung.

Der § 366 des I. Entwurfs sagt:

„Wer aus einem gegenseitigen Vertrag die ihm gebührende Leistung einklagt, hat erst dann, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß der Kläger die ihm obliegende Leistung nicht bewirkt habe, zu behaupten und im Bestreitungsfalle zu beweisen, daß er die ihm obliegende Leistung bewirkt habe".

Dieser § 366 I. Entwurfs ist zwar im B. G.-B. selbst nicht enthalten, gilt aber trotzdem fort durch § 322 B. G.-B., was sich aus Folgendem ergibt:

Laut der Protokolle nahm die II. Kommission den § 366 sachlich an, überließ jedoch dessen Fassung der Redaktionskommission. Diese glaubte jedoch von einer ausdrücklichen Bestimmung dieser Art absehen zu können, da der gedankliche Inhalt des § 366 I. Entwurfs schon im § 273 II. Entwurfs enthalten sei. Dieser ist aber fast wörtlich der § 322 des Gesetzes. Zu schließen ist dies aus dem Entwurf zweiter Lesung, in welchem der Überschrift

des § 273 in Klammern ein Hinweis auf die §§ 365, 366 des I. Entwurfs beigefügt ist, zum Zeichen, daß § 322 denselben Inhalt habe wie diese beiden §§ des I. Entwurfs.

Der Unterschied zwischen § 366 I. Entwurfs und § 322 I. des Gesetzes ist nur der, daß in § 366 vorausgesetzt wird, daß die Gegenleistung bereits bewirkt sei, nur noch nicht behauptet und bewiesen, in § 322, daß die Gegenleistung noch nicht erfolgt ist. Im Übrigen ist alles gleich. Tritt bei diesem Tatbestand eine gewisse Bedingung — die Geltendmachung des gegnerischen Rechts — ein, so hat die dadurch herbeigeführte Wirkung in beiden Fällen das Gemeinsame: daß die Absicht des Klägers, ohne weiteres das seinem Klageantrage entsprechende Urteil zu erlangen, vereitelt wird. Beide §§ haben also diesen leitenden Grundsatz.

Nur durch Geltendmachung seines entgegenstehenden Rechtes gegenüber der reinen Leistungsklage kann der Beklagte Berücksichtigung desselben erzwingen.

Ist aber § 366 I. Entwurfs somit von Bestand geblieben, so müssen auch die in den Motiven zum Ausdruck gekommenen Erwägungen, welche zur Aufnahme desselben führten, weiterhin, und zwar in erster Linie, zur Auslegung herangezogen werden[1]), da ja, wenn auch die Fassung geändert, doch die Absicht des Gesetzgebers die gleiche geblieben ist.

Darnach aber ist[2]), wie oben bereits bemerkt, der Zweck der Vorschrift, die Entscheidung der gemeinrechtlichen Streitfrage, ob die Einrede d. n. erf. Vertr. von Amtswegen oder nur infolge Geltendmachung durch den Beklagten berücksichtigt werde, endgültig zu geben. Ausdrücklich ist dabei hervorzuheben, daß die Entscheidung getroffen ist im Sinne der herrschenden, von Windscheid[3]) vertretenen Auffassung, nach welcher die Einrede d. n. erf. Vertr. eine echte Einrede ist.

Einen Hauptgrund gegen die herrschende Lehre glaubt Endemann geltend zu machen, wenn er sagt: Wäre die exceptio non adimpleti contractus eine wahre und echte Einrede, so müßte sie der Beklagte nach den allgemeinen Grundsätzen der Beweislast auch beweisen.

[1]) Haidlen, Bd. I., S. 385.
[2]) Motive, Bd. II., S. 204.
[3]) Windscheid, Pandekten 8. Aufl., Bd II., S. 296, Insb. Fußnote 2 in § 321.

Dagegen ist zu sagen: Es ist nicht wahr, daß hier die Beweislast sich anders gestaltet wie gewöhnlich. Der Beklagte macht geltend, daß die Leistungen Zug um Zug zu geschehen haben auf Grund des gegenseitigen Vertrags, den beide Parteien eingegangen sind, und zwar durch Vorbringung der exceptio non adimpleti contractus. Diese Einrede gibt § 320 B. G.-B. jedem Kontrahenten eines gegenseitigen Vertrags. Wenn nun der Beklagte behauptet: Er habe ein Recht, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, so müßte er diese ihm günstige Behauptung nach den allgemeinen Grundsätzen der Beweislehre auch beweisen. Andererseits folgt nun aber dieses Recht des Beklagten aus den gesetzlichen Bestimmungen der gegenseitigen Verträge als naturale negotii. Da aber der Kläger, wie oben schon nachgewiesen, in seiner Klagebegründung als Entstehungsursache seines Anspruches das Bestehen des gegenseitigen Vertrags erwähnen muß, damit aber zugleich zugibt, daß — vorbehaltlich besonderer Abrede — der Beklagte nur Zug um Zug gegen Bewirkung der klägerischen Leistung leisten muß, erübrigt sich ein diesbezüglicher Beweis des Beklagten. Zugestandene Tatsachen bedürfen nach der Zivilprozeßordnung keines Beweises. § 288 C. P. O.

Bestreitet aber andererseits der Kläger diese Berechtigung des Beklagten, so behauptet er damit, daß ein Grund bestehe, der die Behauptung des Beklagten als ungerechtfertigt erscheinen läßt, zugleich stellt er damit eine für ihn — den Kläger — selbst günstige Erklärung auf. Nach den allgemeinen Regeln der Beweislehre kann nun unmöglich dem Beklagten zugemutet werden, diese Replik des Gegners zu widerlegen, sondern der Kläger muß dies selbst beweisen.

Ein anderer Grund, den Endemann ins Feld führt, ist der, daß nicht — was doch der Einredewirkung entspricht — der Beklagte durch Vorschützen der exceptio non adimpleti contr. zur Verweigerung der Erfüllung berechtigt wird, und daß das Urteil nicht auf Abweisung des Anspruches des Klägers lautet.

Doch woraus geht denn hervor, daß der Beklagte nicht zur Verweigerung der Erfüllung berechtigt ist? Allerdings ist die exceptio non adimpleti contractus keine peremptorische, zweifellos aber eine dilatorische Einrede.

Nach § 320 B. G.-B. ist der Beklagte berechtigt, die ihm obliegende Leistung solange zu verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt wird; bis zu diesem Zeitpunkt aber ist er zur Verweigerung berechtigt, wenn er die exceptio non adimpl. contr. was gleichfalls bei jeder echten Einrede erforderlich ist, im Prozesse geltend macht.

Mit den Worten des § 320: „. . . bis zur Bewirkung der Gegenleistung . . ." ist die dilatorische Natur der Einrede gekennzeichnet, ist der Zeitpunkt angegeben, bis zu welchem die Leistung verweigert werden darf.

In dem Moment, in welchem die klägerische Leistung bewirkt wird, ist dem Einrederecht des Beklagten Grund und Boden entzogen, wird die exceptio hinfällig.

Weiter argumentiert Endemann: Eine jede Einrede führt Klageabweisung herbei; die Wirkung der Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags aber ist nicht Klagabweisung, folglich ist diese exceptio keine echte Einrede.

Aber daneben bemerkt Oertmann in der Zeitschrift für Rechtspflege [1]) sehr richtig, daß es eine entschiedene petitio principii sei, zu behaupten, daß eine derartige Wirkung aus einer wahren Einrede sich notwendig ergebe.[2])

„In Wahrheit", sagt Oertmann, cit. loc., „sind die Wirkungen des erfolgreichen Einredevorbringens denkbar verschieden, auch wenn wir von den nur zur „Abweisung angebrachtermaßen" führenden, prozeßhindernden Einreden absehen. Sie bewirken bald eine endgültige, bald eine nur zeitweilige Abweisung der Klage: möglicherweise ist ihr Erfolg eine durch den Richter mittels rechtsgestaltenden (konstitutiven) Urteils zu vollziehende Aufhebung oder Herabsetzung des klägerischen

[1]) Oertmann, in der Zeitschr. f. bayer. Rechtspfl. 1905 Nr. 1, S. 13.

[2]) Möglich wäre ja, daß auch Klagabweisung erfolgte. Nämlich in dem Fall, daß auf Seiten des Klägers Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist. Dann hat die exceptio n. a. c. peremptorische Wirkung. Siehe dazu Tietze: Unmöglichkeit der Leistung S. 17 ff., ferner Kisch: Wirkung nachträglich eintretender Unmöglichkeit d. Erf. S. 49 ff. Regelsberger (Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 266) dagegen sagt: „Die Einrede kann nur solange entgegengesetzt werden, als die Erfüllung der ausstehenden Forderung noch möglich ist". Der Tatbestand der exceptio sagt aber doch über Möglichkeit überhaupt nichts! Siehe auch Krahmer: gegenseitige Verträge S. 51. Ferner Petersen: Einr. d. n.Vertr. Rost: Diss. 1900, § 16, S. 61 ff., woselbst sich Beachtenswertes findet über das Verhältnis von § 275 u. § 323 und über die exceptio gegenüber dem Anspruch auf das Kommodum.

Anspruchs — so im gemeinen Recht in den Fällen der Aufrechnungs- und Anfechtungseinrede, so noch heute, wenn der auf Leistung einer Vertragsstrafe Beklagte gem. B. G.-B. § 343 deren Herabsetzung auf den angemessenen Betrag begehrt.[1]) Angesichts solcher Abstufungen in der Einredewirkung ist durchaus nicht abzusehen, warum nicht auch eine wahre Einrede auf eine bloße qualitative Einschränkung der Verurteilung im Sinne der §§ 274, 322 solle hinauslaufen können. Nur den Charakter als besondere Gegenrechte haben alle Einreden gemeinsam, in den Wirkungen sind sie nach Zweck, Inhalt, Bedeutung durchaus verschieden".

Insbesondere spricht für uns auch der § 202 B. G.-B., wie überhaupt die ganze Terminologie des Gesetzes. Wo dasselbe eine Einrede gewährt, tut es dies mit den Worten, daß es vom Einredeberechtigten sagt: „Er ist berechtigt, zu verweigern, so in §§ 222 I., 2014, 2015, oder „er kann verweigern" so in § 771 und ebenso in § 320 u. § 273. In diesen beiden letzten §§ bedient sich also das Gesetz zur Gewährung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und des Zurückbehaltungsrechtes genau derselben Ausdrucksweise wie § 777 zur Gewährung der Einrede der Vorausklage.

Und könnte noch ein Zweifel bestehen, so würde derselbe völlig beseitigt durch § 202 II. B. G.-B., in dem das Gesetz mit klaren Worten von der „Einrede des Zurückbehaltungsrechtes" und „der Einrede des nicht erfüllten Vertrags" spricht.

Endemann führt dagegen aus: Der Wortlaut dieser Vorschrift beweise nichts; die Bezeichnung des Zurückbehaltungsrechtes und der exceptio non adimpleti contractus als Einrede sei eine tote Norm. Aber mit nicht zu verkennender Deutlichkeit tritt einem aufmerksamen Leser des Gesetzestextes vor Augen, daß das Gesetz sich dessen genau bewußt ist, was es unter einer Einrede versteht. Und es würde sicher nicht von einer Einrede des Zurückbehaltungsrechtes und des nicht erfüllten Vertrags sprechen, wenn es nicht wollte, daß die beiden als wirkliche Einreden aufgefaßt werden sollten. Und man dürfte dem Gesetz erst dann den Vorwurf einer direkt falschen Bezeichnung machen, wen man nachweisen könnte,

[1]) Siehe dazu Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 120, 139.

daß beide Einreden in Wirklichkeit keine wären. Solange das nicht der Fall ist — und Endemann ist dieser Nachweis nicht gelungen — besteht keine Veranlassung von dem Wortlaut des Gesetzes abzugehen.

Außerdem spricht ja auch der ganze Inhalt des § 202 dagegen. Der Absatz I cit. § bestimmt, daß die Verjährung gehemmt ist, solange dem Anspruch eine dilatorische Einrede gegenübersteht. Dies ist ein allgemeiner Satz, dessen Geltungsgebiet jedoch beschränkt wird, durch die Bestimmung, daß gewisse dilatorische Einreden diese in Absatz I ausgesprochene Wirkung nicht haben sollten. Und unter diesen Einreden — deren Natur als echte Einreden von niemand bestritten wird — sind auch die Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrags aufgezählt.

Auch die Motive stützen die herrschende Lehre durch die Erklärung[1]), daß nach dem Sprachgebrauch des Gesetzbuches die materiell rechtliche Einrede schechtweg als Einrede, die prozessuale, welche außer der ersterwähnten noch die rechtshindernden und rechtsvernichtende Tatsachen umfaßt, als Einwendung bezeichnet werde. Hiernach wäre also die in § 202 II. genannten Einreden des Zurückbehaltungsrechtes und des nicht-erfüllten Vertrags wirkliche, echte Einreden.

Es hätte auch, wie Oertmann in der Zeitschr. f. Rechtspfl.[2]) richtig bemerkt, keinen Sinn, daß die Zuständigkeit jener Einreden — des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrages — nicht die Verjährung hemmen soll, im Gegensatz zu den meisten dilatorischen Einreden, wenn der Anspruch in den einschlägigen Fällen nur im Sinne eines „Austauschanspruches" bestände.

Ich glaube, daß diese Argumente genügen, um die herrschende Lehre als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Zugegeben ist, daß damit die rechtliche Natur der Leistungsansprüche bei Zug- um Zugleistungen noch nicht vollständig erschöpfend behandelt ist. Doch müssen wir uns damit begnügen, da eine noch ausführlichere Untersuchung uns zu weit führen würde. Nur auf eine Frage wollen wir noch hinweisen, ohne jedoch näher darauf einzugehen, nämlich ob die Vorschützung der

[1]) Motive, Bd. I. S. 360.
[2]) Oertmann in Zeitschr. f. Rechtspfl. in B. S. 13, Ziff. 2c am Ende.

Einrede des nicht erfüllten Vertrags im Prozeß, sowie das darauf ergehende Urteil, die rechtliche Natur der Zug- um Zugleistung irgendwie beeinflussen. Es wäre möglich, daß von diesem Zeitpunkt an der Anspruch statt auf reine Leistung nur noch auf Leistungsaustausch ginge. Es wäre damit gesagt, daß dieses Urteil ein Konstitutivurteil sei und der, welcher diese Behauptung aufstellte, hätte eine Stütze in dem Umstand, daß nach dem Urteil auf Leistung Zug um Zug, die Geltendmachung des beklagtischen Gegenrechtes nicht mehr erforderlich ist, da bei der Vollstreckung gemäß §§ 756, 765 C. P. O. von Amtswegen zu untersuchen ist, ob der Kläger schon geleistet hat, oder den Beklagten mindestens in Annahmeverzug gesetzt hat.

Es wäre nun zu erschöpfender Behandlung der Frage auf das Wesen der Konstitutivurteile im Allgemeinen wie auch im Besonderen einzugehen; ferner wäre zu untersuchen, wie ein Urteil auf einredebehaftete Ansprüche wirkt und wie die Geltendmachung einer Einrede im Prozeß auf den einredebehafteten Anspruch wirkt.

Aber wie gesagt, kann auf diese ebenso interessanten wie schwierigen, teilweise noch sehr wenig untersuchten Probleme nicht eingegangen werden, da eine erschöpfende Darstellung derselben eine eigene Abhandlung benötige.

Wenn aber diese Fragen noch nicht geklärt sind, so sind sie doch immer noch kein Beweis für die Richtigkeit der Endemann'schen Lehre, da das Resultat einer diesbezüglichen Untersuchung ebenso gut zu Gunsten der herrschenden Lehre sprechen könnte. Würde es aber für Endemann sprechen, so wäre immer noch zu bedenken, daß dies für die Zeit vor Prozeßbeginn und vor Geltendmachung der Einrede nichts beweisen würde, und der materielle Anspruch bis zu dieser Zeit auf reine Leistung gehen kann und nur einredebehaftet ist.

Wie oben erwähnt, ist es für das neue Recht außer Endemann auch Heilfron[1]), der der exceptio non adimpleti contractus die wahre Natur einer Einrede abspricht. Doch ist es hier sehr leicht möglich, in wenigen Sätzen diese Theorie zu widerlegen.

---

[1]) Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd., S. 210, § 210, § 99.

Heilfron kommt zu seiner Auffassung lediglich durch die falsche Anschauung vom Wesen des gegenseitigen Vertrages. Er charakterisiert denselben so:

„Leistung und Gegenleistung stehen in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnis, kein Teil darf vom Gegner die Vertragsleistung verlangen, ohne die ihm obliegende zu bewirken".[1])

Diese Behauptung ist aber absolut nicht richtig und Heilfron selbst erachtet es nicht für notwendig, diese Anschauung auf Grund des Gesetzes zu begründen.

Und dies dürfte ihm auch schwer fallen. Nirgends im Gesetz ist zu finden, daß kein Teil vom Gegner die Vertragsleistung verlangen darf, ohne die ihm obliegende zu bewirken. Das gerade Gegenteil geht aus dem Gesetz hervor. § 322 B. G.-B. sagt: „Erhebt aus einem gegenseitigen Vertrag der eine Teil Klage auf die ihm geschuldete Leistung, so hat die Geltendmachung des dem andern Teil zustehenden Rechtes, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, nur die Wirkung, . . ." usw. Niemand wird zweifeln, daß der Sinn dieser Vorschrift nach der Fassung des § so aufzufassen ist: Es kann der eine Teil aus einem gegenseitigen Vertrag auf die ihm geschuldete Leistung klagen. Der andere Teil dagegen kann dann die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben. Es ist dies aber, wie aus den Worten des Gesetzes erhellt, ein bloßes Recht, eine Möglichkeit des Beklagten; er braucht es nicht zu tun, wenn er es aus irgend einem Grunde nicht tun will. Und gleichviel, ob der Beklagte die Einrede erhebt oder nicht, jedenfalls wird er zur Leistung verurteilt.

Ist die Klage gleich auf Erfüllung Zug um Zug gerichtet, oder erhebt der Beklagte die Einrede, so ist die Selbständigkeit der beiderseitigen Ansprüche weniger deutlich sichtbar; anders aber, wenn der Kläger nur die ihm geschuldete Leistung einklagt. Hier kann das Abhängigkeitsverhältnis der beiderseitigen Ansprüche gegen den Willen des Beklagten absolut keine Wirkung äußern. Erhebt der Beklagte die Einrede nicht, so wird er zur reinen Leistung verurteilt. Der Kläger darf also sehr wohl reine Leistung verlangen, ohne selbst zu leisten.

[1]) Heilfron a. a. O., S. 208.

Aus dieser schiefen Auffassung des gegenseitigen Vertrags ergibt sich aber auch die Unrichtigkeit der Meinung Heilfrons von der rechtlichen Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Jedoch dadurch, daß Heilfron nicht bestreitet, daß das Nichtbewirken der klägerischen Leistung nur durch Geltendmachung von seiten des Beklagten im Prozeß berücksichtigt wird, hat seine Theorie für die Praxis ihre Bedeutung verloren, im Gegensatz zu der Lehre der übrigen Anhänger dieser hauptsächlich von Keller vertretenen Lehre, die fordert, daß der Mangel der Gegenleistung von Amtswegen berücksichtigt werde, wogegen die herrschende Lehre zur Berücksichtigung des Mangels der klägerischen Leistung, Geltendmachung der Einrede durch den Beklagten verlangt.

§ 4.

Anwendungsgebiet der Zug- um Zugleistung.

Haben wir so durch die Abhandlung im vorigen Abschnitt die rechtliche Natur der Zug- um Zugleistung kennen lernen und wissen wir also, was darunter verstanden wird[1]), so gilt es in diesem Abschnitt zu zeigen, wie groß das Gebiet derselben ist, m. a. W. zu untersuchen, wann Zug um Zug zu leisten ist.

Es ergibt sich hier von selbst eine Gliederung in zwei große Hauptgruppen: Die auf Gesetz und die auf Abrede beruhenden Fälle.

I. Die auf Gesetz beruhenden Fälle. Hier können wir vier Gruppen unterscheiden:

1. Der Fall des Zurückbehaltungsrechtes § 273 B. G.-B.

Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird.

---

[1]) Anmerkung. Über eine Hauptfrage bei dem Begriff der Zug- um Zugleistung: Ob hier zu gleicher Zeit oder nacheinander zu leisten ist, können wir, um Wiederholungen zu vermeiden, erst unten bei der Darlegung unserer eigenen Meinung (s. u. § 8) eingehen.

Dies ist im B. G.-B. häufig praktisch, so in:

a) § 304 (Mehraufwendungen bei Gläubigerverzug);
b) § 368 (Quittungsleistung);
c) § 371 (Rückgabe des Schuldscheins);
d) § 403 S. 1 (Abtretungsurkunde bei Cession);
e) § 403 S. 2, § 798 S. 2, § 799 Abs. 2 S. 2, § 800 S. 2, § 811 Abs. 2 S. 2, § 1023 Abs. 1 S. 1 und Ende, § 1035 S. 4, (Kostenvorschuß);
f) § 669, § 670, § 1000 S. 1, § 27 Abs. 3, § 683 S. 1, § 972, § 1835 Abs. 1 S. 1, § 2022, § 2218 Abs. 1 u. s. w. (Vorschuß, Ersatz von Aufwendungen, Verwendungen);
g) § 1100 S. 2.

Nicht dagegen sind hierher zu rechnen z. B. § 258 S. 2, § 526 S. 1, § 1000 S. 1, § 1100 S. 1, § 1160 Abs. 1; es mangelt hier an einem fälligen Gegenrecht, oder es handelt sich überhaupt nicht um eine Einrede, wo der Schuldner zur Leistung nur gegen Gegenleistung verpflichtet ist.

Bei andern Fällen wiederum ist es bestritten, so bei § 803 Abs. 2, § 1428 Abs. 1, § 1579 Abs. 1 S. 1, § 1585 Abs. 2. Dafür sind Hellmann und Crome, dagegen Langheinecken.

Nun ist ja zwar in § 273 nicht direkt bestimmt, daß Zug um Zug zu leisten ist, aber es ergibt sich zweifelsohne aus der Verbindung dieses § mit § 274. So sagt auch Hellwig[1]): „Der besondere Inhalt der im § 213 statuierten Einrede des Zurückbehaltungsrechtes wird durch die materielle Rechtsvorschrift des § 274 genauer bestimmt; ebenso § 320 durch § 322 Abs. 1."

Ebenso auch Oertmann[2]).

„Daß der Schuldner . . . nur Zug um Zug gegen die Gegenleistung zu leisten brauche, wird freilich in § 273 nicht geradezu ausgesprochen; in der Sache aber ergibt sich eine derartige Gestaltung zwingend aus § 274 . . ."

Es ergibst sich die Zug- um Zugleistung in § 273 daraus: § 273 sagt „Der Schuldner kann die geschuldete Gegenleistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird". Als Folge dessen wird § 274, wenn es zum Prozesse

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 124,
[2]) Oertmann, in der Zeitschr. f. b. Rechtspfl. 1905, Nr. 1 S. 10.

kommt, im Urteil ausgesprochen, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der Gegenleistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist.

2. Ebenso verhält es sich mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags.[1]) Auch hier ist in § 320 nicht direkt ausgesprochen, daß der Schuldner zur Zug- um Zugleistung verpflichtet bezw. berechtigt ist. Es ergibt sich dies aber aus § 322, der als Konsequenz des § 320 bestimmt, dass falls die Parteien nicht gütlich leisten, im Urteil auszusprechen ist: Daß der Beklagte nur Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung zu leisten brauche.

Es wäre ja auch nicht zu erklären, warum die §§ 274, 322 für das Stadium des Prozesses etwas anderes bestimmen sollten, als die §§ 273, 320 für die Zeit vor dem Prozeß.

„Nicht das Urteil im Sinne des § 322 beschränkt die Verpflichtung, sondern die Beschränktheit der Verpflichtung rechtfertigt das entsprechende Urteil."[2])

Allerdings hönnte die Fassung der §§ 274, 322 die Meinung erwecken, es sei dadurch eine einschränkende Wirkung der §§ 273, 320 beabsichtigt, weil es heißt: Die Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erf. Vertr. hätten „nur" die Wirkung, daß . . ."

Aus dem Gebrauch des Wörtchens „nur" könnte man schließen, daß nach § 320 bezw. § 273 die Parteien zur reinen Leistung im gewöhnlichen Sinne verpflichtet seien, im Prozeß aber hätten die Einreden nur die Wirkung, daß jetzt Zug um Zug geleistet werden müßte.

Doch dem ist nicht so! Mit dem Gebrauch des Wörtchens „nur" hat es folgende Bewandtnis:

An und für sich führt eine richtig und begründeterweise geltend gemachte Einrede zur Klagabweisung, mit nur seltenen Ausnahmen, bei denen es anders ist. Zu diesen gehören — wie oben im vorigen Abschnitt gezeigt wurde — unsere beiden Einreden. Das Gesetz legt ihnen nämlich nicht die Wirkung der Klagabweisung bei, sondern bestimmt:

Ihre Geltendmachung „hat nur die Wirkung", daß der Beklagte zur Zug- um Zugleistung verurteilt wird, als entsprechende Konsequenz der §§ 273, 320.

---

[1]) Vergl. dazu Hellwig und Oertmann a. a. O.
[2]) So Oertmann a. a. O. in der Zeitschr.

Erwähnt sei noch, daß diese Bestimmung für alle gegenseitigen Verträge gilt, mit Ausnahme der Miete, Pacht, des Dienst- und Werkvertrags, für welche die Reihenfolge der Leistungen durch Gesetz geregelt ist in §§ 551, 584, 614, 641. Doch sind diese Bestimmungen nur dispositiv, so daß auch hier nach Parteiabrede Zug um Zug geleistet werden kann. Diese Fälle gehören jedoch zur Hauptgruppe II. S. u.

3. Der dritte und letzte im Gesetz eigens erwähnte Fall der Zug- um Zugleistung ist das Rücktrittsrecht beim gegenseitigen Vertrag in § 348. Hier ist ein Verpflichtetsein zur Zug- um Zugleistung direkt ausgesprochen in dem 1. Satz des § 348: „Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen."

Man könnte die ausdrückliche Bestimmung zur Zug- um Zugleistung, die nochmals eigens neben der Verweisung der §§ 320, 322 ausgesprochen ist, als Argument benutzen wollen, um den Nachweis zu führen, daß die Parteien nach § 320 nicht zur Leistung Zug um Zug verpflichtet seien. Denn, könnte man sagen, wenn schon nach § 320 Zug um Zug zu leisten ist, so wäre es doch völlig überflüssig dies in § 348 nochmals zu bestimmen, nachdem doch dieser § erklärt:

„Die Vorschriften der §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung." Es wäre ja dann schon auf Grund dieser Bestimmung Zug um Zug zu leisten.

Doch ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, daß es unrichtig wäre, wollte man einen solchen Gegensatz zwischen § 320 und § 348 konstruieren. Der I. Entwurf kannte eine derartige Verschiedenheit noch nicht. Der § 428 dieses Entwurfes hatte mit § 362 desselben Entwurfes in den ausschlaggebenden Worten genau dieselbe Fassung. Dieser § 428 ist aber der jetzige § 348 B. G.-B. Nun wurde der § 362 I. Entwurf zwar umgeändert und zwar deshalb, damit man aus seiner Fassung nicht etwa eine dem Allg. L. R. entsprechende Gestaltung herauslesen könnte. Einen Unterschied zum § 428 (348) wollte man damit nicht schaffen. Und ich möchte mit Oertmann[1]) annehmen, daß es nur Zufall gewesen sei, daß die Redaktionskommission ihre umgestaltende Tätigkeit nicht auch auf § 428 (348) erstreckt hat.

[1]) Oertmann, in der Zeitschr. a. a. O., S. 11. Z. 3.

4. Die vierte Abteilung der I. Hauptgruppe wird gebildet aus den Fällen, auf die die Zug- um Zugleistung angewandt werden soll nach Analogie des § 348.

Es ist dies:

a) Der Fall der Wandlung, auf die gem. § 467 gewisse Bestimmungen des Rücktrittsrechtes Anwendung finden sollen, darunter auch die Vorschrift, daß Zug um Zug geleistet werden soll.

b) Der Fall der auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichteten Verträge, die nicht Kauf sind. Auf sie sollen gemäß § 493 die Vorschriften über die Gewährleistungspflichten des Verkäufers entsprechende Anwendung finden, also auch § 467, der seinerseits wieder § 348 für anwendbar erklärt.

c) Der Fall der Wandlung eines Werkvertrages. Gemäß § 634 Abs. 4 finden darauf:

„Die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465—467 . . . entsprechende Anwendung."

Es ist hier wieder der § 467 angeführt, der gewisse Rücktrittsvorschriften, darunter § 348, für anwendbar erklärt.

Also auch bei der Wandlung eines Werkvertrags — und gemäß § 651 auch eines Werklieferungsvertrages — findet die Zug- um Zugleistung Anwendung.

II. Wir kommen nun zur andern Hauptgruppe von Fällen, nämlich denen, bei welchen nicht durch Gesetz, sondern durch freie Vereinbarung der Parteien Zug um Zug geleistet wird.

Es kann nicht bestritten werden, daß die Parteien bei Schweigen des Gesetzes, oder entgegen einer nur dispositiven, gesetzlichen Bestimmung, festsetzen können, daß eine Partei nur gegen Bewirkung der Gegenleistung zu leisten brauche.

Die Parteien können dabei folgende Zwecke verfolgen:

1. Sie wissen vielleicht gar nicht, daß schon nach Gesetz Zug um Zug zu leisten ist. Die Abrede deckt sich dann mit der gesetzlichen Regelung.

2. Die Vertragsschließenden wissen, daß im gerade zur Verabredung stehenden Fall schon nach Gesetz Zug um Zug zu leisten ist, sie wollen aber durch die nochmalige Vereinbarung sich diese Pflichten besonders einschärfen oder klarstellen.

3. Sie verabreden Zug- um Zugleistung in Fällen, wo eine solche nach Gesetz nicht gegeben ist: z. B. bei wechselseitigen Verpflichtungen aus Miet-, Werk- oder Dienstvertrag.[1])

4. Es soll der Zusammenhang der beiderseitigen Verpflichtungen über das gesetzliche Maß hinaus gesteigert werden, so etwa, daß bei jeder von vornherein nur auf Austausch der Leistungen oder nur auf Leistung gegen Bewirkung der Gegenleistung geklagt werden kann. Dies wird ja, wie im vorigen Abschnitt gezeigt wurde, ohnedies als aus der Natur der Zug-um-Zugleistung sich ergebend behauptet von Endemann u. a. Natürlich kann nicht behauptet werden, es sei in jeder derartigen Vereinbarung ein solcher Sinn zu finden.

Nicht damit zu verwechseln sind die Fälle, in denen jemand eine Leistung verspricht unter der Bedingung einer ihm Zug um Zug zu machenden Gegenleistung. Es wird in diesem Fall vom Bedingtberechtigten condicionis implendae nicht solvendi causa geleistet; würde er klagen, ohne den Nachweis der vollzogenen Leistung zu erbringen, so müßte er vom Gericht von Amtswegen abgewiesen werden. Denn während bei der Zug-um-Zugleistung der Kläger einen schon vorhandenen, nur einredebehafteten Anspruch hat, ist in diesem Fall noch kein Anspruch erzeugt. Der Bedingtberechtigte hat höchstens ein Anwartschaftsrecht und auch das ist bestritten.

§ 5.

Stand der Lehre.

Die Frage nun, wie es sich mit dem Leistungsort bei Zug-um-Zugleistungen verhält, wird in der Literatur verschieden beantwortet. Viele und darunter recht bedeutende Schriftsteller, die über den Leistungsort geschrieben haben, haben sich mit Beantwortung der Frage überhaupt nicht befaßt. Andere wiederum schließen sich ohne eigene Begründung einfach irgend einer Ansicht an. Fast alle aber gehen nur mit einigen Worten auf das Problem ein.

Die Entscheidungen der obersten Gerichte — soweit sie sich mit der Frage zu befassen hatten — vertreten in der

[1]) Auch hier ist begrifflich Zug- um Zugleistung möglich, wie unten gezeigt wird.

großen Mehrzahl eine übereinstimmende Ansicht. Wenn wir also nun eine kurze Übersicht über den Stand der Lehre geben, werden wir nicht sämtliche, außerordentlich zahlreiche Entscheidungen aufführen, die sich nebenbei mit der Frage befaßten, sondern nur die wichtigeren.

Man kann verschiedene Gruppen sondern, die sich freilich nicht scharf von einander abgrenzen lassen.

I. Die eine Gruppe läßt den Erfüllungsort für die beiderseitigen Verpflichtungen trotz der Natur der Zug- um Zugleistung nicht verändert werden, sondern bleibt bei den Regeln des § 269: Jeder Teil hat prinzipiell an seinem Wohnort bezw. dem Ort seiner Niederlassung zu leisten. Die Begründung beruht in der Erwägung: Die Besonderheit der Zug- um Zugleistung beziehe sich nur auf die Zeit, nicht auch auf den Ort der beiderseitigen Leistungen.

So Werner[1]) und daran anschließend Herbst[2]). Für das Gemeine und Preußische Recht haben sich ferner Weismann[3]) und Westerburg[4]) derselben Ansicht indirekt dadurch angeschlossen, daß sie die auf entgegengesetztem Standpunkt stehende Lehre des Reichsgerichts (s. unten) anzweifeln. Für das neue Recht ist auch Staub[5]) dieser Ansicht beizuzählen: Verschiedene Erfüllungsorte bei Zug- um Zugleistung dünken ihm nicht nur möglich, sondern sogar wahrscheinlich. Anders freilich für den Sonderfall der Wandlung[6]). Endlich sind hierher noch zu zählen Oertmann[7]) und Seuffert[8]), insbesondere für den Fall der Wandlung. Ebenso Hellwig[9]): „Der Erfüllungsort wird dadurch nicht geändert, daß eine Leistung Zug um Zug gegen eine andere zu bewirken ist".

II. Eine mittlere Ansicht vertritt Gaupp-Stein.[10]) Bei Wandlung und Rücktritt soll ein einheitlicher Erfüllungsort

---

[1]) Im „Recht" 1902 S, 339-40.
[2]) Herbst: Der Gerichtsstand der Wandlungsklage. Erl. Diss. 1904. S. 63 ff.
[3]) Weismann in der Zeitschr. f. civil. Pr., Bd. 17, S. 30, Anm. 24.
[4]) Westerburg: Gruchot Beitr., Bd. 25, S. 56, Anm. 21.
[5]) Staub: H.-G.-B. 6-7. Aufl. Exc. zu § 372 S. 230 § 7.
[6]) Staub a. a. O.
[7]) Oertmann, Kommentar z. Schuldverh. § 269 und § 467 Anm. 4, ferner in der Zeitschrift f. b. Rechtspfl 1905, S. 50 ff.
[8]) Seuffert, Komm. z. C. P. O. zu § 29, Anm. 6, Abs. 3.
[9]) Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechtes Bd. II. S. 250.
[10]) Gaupp-Stein, Kommentar zur C.-P.-O. § 29 Nr. IV, 3.

da begründet sein, „wo sich die von dem einen Teil herauszugebende Sache befindet“ Dagegen: „für die Erfüllung zweiseitiger Verträge ist Zug- um Zugleistung in diesem Sinne durch B. G.-B. § 320 gesetzlich nicht vorgeschrieben.“ Ebenso wenig „folgt daraus, daß einer der Kontrahenten ein Zurückbehaltungsrecht an gewissen Gegenständen hat.“

Zu dieser Gruppe ist weiter Kerßenbohm[1]) zu rechnen. Er sagt: Voraussetzung der Zug- um Zugleistung ist in erster Linie Gleichzeitigkeit oder wenigstens unmittelbares Aufeinanderfolgen der beiderseitigen Leistungen.[2]) Strikt durchgeführt bedeutet dies auch eine gewisse Einheitlichkeit in den örtlichen Beziehungen der beiden Leistungen, insbesondere das Zusammenfallen der beiderseitigen Leistungsorte. Es ist aber auch ohnedies eine Zug- um Zugleistung denkbar, sie beschränkt sich dann eben auf das zeitliche Zusammenfallen. Die Zug- um Zugleistung in dem strengen Sinn ist nur eine vollkommenere Form.“

Auch Kohler[3]) ist unter diese Gruppe einzureihen. Er sagt: „Er“ — der Leistungsort — „kann für die Leistungen aus gegenseitigen Verträgen verschieden sein, nur daß, wenn eine Geldleistung Zug um Zug gegen eine Sachleistung zu geschehen hat, der Ort der Sachleistung auch als Leistungsort für die Geldschuld zu betrachten ist: Das Eine soll mit dem Andern verbunden sein. Er gilt aber, soweit er für eine Schuld gilt, bezüglich aller mit der Schuld verbundenen Ansprüche insbesondere . . . . . für die Befugnis, Quittung zu begehren, hier natürlich derart, daß der Anspruch dem Schuldner zusteht.“

Anders dagegen für Rücktritt und Wandlung: „Dagegen gilt der ursprüngliche Leistungsort nicht als Leistungsort für die Rücktrittsansprüche, die eine selbstständige Natur haben. Ebenso für die Wandlung.

Zweifelhaft ist die Auffassung Cromes[4]). Zunächst behauptet er, daß sich bei gegenseitigen Verträgen für die Verpflichtung jedes Kontrahenten der Erfüllungsort selbstständig bestimme. —

[1]) Kerßenbohm, Der Leistungsort 1904 S. 97 ff.
[2]) Nach Plank, Kommentar zum B. G.-B. § 274.
[3]) Kohler, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. II S. 47 f.
[4]) Crome, Lehrb. d. bürg. R. II § 155 bei Anm. 41-42.

Er fährt aber fort: „Soweit Zug um Zug zu leisten ist, muß der für die eine Leistung bedungene Erfüllungsort auch für die andere Leistung gelten". Nimmt man mit Oertmann[1]) an, daß das Schwergewicht auf das Wort „bedungene" zu legen ist, so wäre es so zu verstehen: Ist für die eine von derartigen Leistungen ein besonderer Erfüllungsort vertragsmäßig ausgemacht, so muß er im Zweifel als auch für die andere ausgemacht gelten.

Stellt man sich jedoch auf den Standpunkt, daß er seine Bemerkung anders gemeint, dann wäre er nicht hierher zu rechnen. Und dies wird ja wohl auch der Fall sein. Denn dafür spricht der Umstand, daß er bei der Wandlung direkt die herrschende Lehre vertritt — S. unten — mit den Worten:[2])

Das Prinzip der Zug- um Zugleistung und der Erfüllungsort des Käufers sei für die Bestimmung des Ortes, wo zu leisten sei, entscheidend.

Zweifelhaft ist, ob man Schollmeyer hierher rechnen kann. Er sagt zwar[3]): Bei gegenseitigen Verträgen mit verschiedenen Wohnsitzen von Gläubiger und Schuldner erfüllt jede Partei die ihr obliegende Leistung an ihrem Wohnsitz." Doch sagen auch viele Anhänger der herrschenden Lehre ähnlich, entscheiden aber für den Fall der Zug- um Zugleistung, insbesondere für den Fall der Wandlung anders.

Endlich ist hierher zu rechnen J. Burchard.[4]) Nach ihm ist beim Tausch jeder Kontrahent an seinen Wohnort zur Erfüllung verpflichtet. Daraus ist zu schließen, daß er nicht unverrückbar auf dem Standpunkt steht, daß bei Zug- um Zugleistungen der Erfüllungsort für beide Parteien notwendig identisch sei. Doch ist es wahrscheinlich, daß Burchard diesen Standpunkt von der Verschiedenheit des Leistungsortes nur dann einnimmt, wenn eine Partei vorzuleisten hat. Ähnlich wie das Reichsgericht[5]) entschieden hat: Daß beim Kauf und überhaupt den gegenseitigen Verträgen der Leistungsort verschieden sein könne — wenn nicht Zug um Zug zu leisten sei,

---

[1]) Oertmann in der Zeitschr. S. 47 a. E.
[2]) Crome a. a. O. II § 222 Anm. 80, 86.
[3]) Schollmeyer, Kom. z. d. Schuldverh. zu § 269, 2a.
[4]) Burchard, Zur Lehre vom Erfüllungsort. Kiel 1880. S. 41.
[5]) E. R.-G. Bd. 46, S. 213.

Daß Burchard dieselbe Ansicht hat, dafür spricht auch, daß er beim Kauf unter Berufung auf das Allg. Landrecht I. 11. § 93 dahin entscheidet, daß der Käufer den Kaufpreis immer da zu leisten habe, wo der Verkäufer zur Lieferung der Ware verpflichtet sei, d. h. falls nicht eine Bringpflicht des Verkäufers besteht, am Wohnsitz desselben. Und zwar führt Burchard[1]) als Grund dafür an, daß beim Kauf regelmäßig Zug um Zug zu leisten sei.

III. Die dritte und letzte Gruppe hat die meisten Anhänger aufzuweisen. Darnach wird im Allgemeinen bei Zug-um-Zugleistungen der Leistungsort geändert, insofern er für beide Teile notwendig identisch sei.

Diese Anschauung ist als weitaus herrschende in Theorie und Praxis zu bezeichnen.

Es gehören dahin vielleicht schon Crome, sicher aber Staub[2]) in den früheren Auflagen. So sagt er in der fünften Auflage: „Wenn der Kaufpreis bei der Uebergabe zu zahlen ist, so mag das immerhin zunächst eine Zeitvorschrift sein, aber mit naturgesetzlicher Notwendigkeit folgt hieraus, daß dann auch nur an dem Ort der Übergabe zu zahlen ist. Man kann Zug um Zug gegen die Übergabe nur zahlen, wenn man dort zahlt, wo übergeben wird. Jede örtliche Trennung von Übergabe und Zahlung enthält auch eine zeitliche Trennung dieser Akte."

So auch für das neue Recht im Supplement (S. 157): Die allgemeine Regel des B. G.-B. § 320 führe zu dem gleichen Ergebnis, wie der alte Art. 342 Abs. 3 des H. G.-B. d. h. dahin, daß der Erfüllungsort des Käufers notwendig an dem Orte sei, wo ihm der Verkäufer die Ware zu übergeben habe.

Denselben Standpunkt teilen alle die Autoren, die die Einheitlichkeit der beiderseitigen Erfüllungsorte zunächst für die Wandlung aussprechen, deren Argumentation jedoch beruht auf dem allgemeinen Charakter der Zug- um Zugleistung.

Dahin gehören besonders: Dernburg[3]): „Da die Wandlung Zug um Zug zu geschehen hat. —"

[1]) Burchard a. a. O. S. 47—49.
[2]) Staub, 5. Aufl. d. Com. zum H.-G.-B. zu Art. 342 § 3.
[3]) Dernburg, Lehrbuch II § 186 Nr. III. 4.

Ferner gehören hierher:

Endemann[1]): „Bei gegenseitigen Verträgen, soll auch, wenn zwei getrennte Leistungsorte bestehen, die Erfüllung Zug um Zug bewirkt werden: das ist praktisch nur so durchzuführen, daß der eine Vertragsgenosse seine Leistung dem Gegner übermittelt und zum Austausch gegen die Gegenleistung anbietet."

„Denn der gleichzeitige Austausch setzt voraus, daß beide Leistungen auch örtlich zusammengekommen sind."

Sintenis[2]) vertritt bereits für das gemeine Recht einen ähnlichen Standpunkt: „Ist darüber" — über den Leistungsort — „nichts ausgemacht worden, so muß zwar notwendig der Schuldner, wenn er erfüllen und es nicht zur Klage . . . . kommen lassen will, den Gegenstand zum Gläubiger bringen, und wenn beide einander aus einer gegenseitigen Obligation haften, der den Anfang machen, der seiner Verpflichtung daraus ledig sein will."

Doch geht aus dem Satzteil: „Den Gegenstand zum Gläubiger bringen" nicht mit voller Deutlichkeit hervor, ob Sintenis den Leistungsort für Zug- um Zugleistungen ändern will. Wäre es nicht der Fall, dann wäre er zur ersten Gruppe zu rechnen.

Zur herrschenden Lehre gehört ferner auch Goldmann-Lilienthal.

Unsere beiden größten, vollendeten Kommentare des B. G.-B.: Plank und Staudinger lassen eine eigene Stellungnahme zu der Frage vermissen. Sie verweisen nur für den Fall der Wandlung auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 55 S. 105 ff. Ebenso Fischer-Henle.

In der Rechtssprechung dominiert unbeschränkt die herrschende Lehre von der Einheitlichkeit des Erfüllungsortes, wenn gleichwohl auch hier keine Einstimmigkeit vorhanden ist.

1. So existiert eine Entscheidung des Reichsgerichts[3]) II. C.-S., zwar in einer nach Code civile zu beurteilenden Sache, vom 16. Dezember 1890; doch ist die Argumentation auf Grund deren das Reichsgericht zu seiner Entscheidung kommt, auch für das Recht des B. G.-B. anwendbar. Es sagt: daß der Käufer „nur unter der Bedingung der Rückgabe des noch

[1]) Endemann, Lehrbuch II § 161 Anm. 43.
[2]) Sintenis, Das gemeine praktische Zivilrecht Bd. II S. 179.
[3]) E. R.-G., Bd. 27 Nr. 103 S. 399.

vorhandenen Kaufgegenstandes, wenn diese verlangt wird, den Kaufpreis zurückzufordern, berechtigt ist, begründet nicht den Schluß, daß die Rückzahlung des Preises an dem Orte zu geschehen habe, wo sich die Ware befindet".

Denselben Standpunkt nimmt das Oberlandesgericht Hamburg[1]) in einer Entscheidung vom 11. November 1892 ein: . . . . „Auch kann Hamburg für diese Zahlungen nicht etwa durch die Erwägung zum Leistungsort gemacht werden, daß die Beklagte nur Zug um Zug gegen Rückgabe der Ware zu leisten brauche, und daß daher, weil die Ware sich in Hamburg befinde, auch die Zahlungen in Hamburg erfolgen müßten. Denn es ist nur ein Recht der Beklagten, die beanspruchten Zahlungen, wenn sie zu denselben verurteilt werden würde, nur Zug um Zug gegen Auslieferung der Ware zu leisten"; sie verletze aber keine ihr gegen die Klägerin obliegende Verpflichtung, wenn sie, von Mißtrauen gegen diese absehend, mit der ihre obliegende Leistung der Zahlung vorangehe und erst nachher sich die Ware ausliefern lasse.

2. Alle übrigen, äußerst zahlreich ergangenen Entscheidungen vertreten jedoch die entgegengesetzte Ansicht der herrschenden Lehre, sei es nun allgemein oder nur für den Sonderfall der Wandlung. Immer jedoch wird argumentiert mit Gründen, die aus dem Wesen der Zug- um Zugleistung genommen sind.

Es kann natürlich nicht unsere Aufgabe sein, die im Sinne der herrschenden Lehre ergangenen Entscheidungen auch nur annähernd alle anzuführen. Viele in der Rechtssprechung der Oberlandesgerichte, Seufferts Archiv, Bolze, Gruchot und den einzelnen juristischen Zeitschriften enthaltenen Entscheidungen haben vielfach die nämliche Begründung, manchmal auch behandeln sie das Problem überhaupt als so zweifelsfrei gelöst, als ob darüber kein Wort mehr verloren zu werden brauche. So eine Entscheidung des Oberlandesgerichtes Colmar,[2]) die sagt: Bei Zug- um Zugleistungen gibt es nur einen Erfüllungsort.

Wir werden deshalb nur einige Entscheidungen des Reichsgerichts anführen, in denen zusammen alle Begründungen enthalten sind, die überhaupt in den Erkenntnissen der Gerichte benutzt worden sind.

[1]) Seufferts Arch. Bd. 49 Nr. 118 S. 208.
[2]) R. d. O. L. G. Bd. 16 S. 131, Els.-Lothr. J.-Zeitschr. 08: 581.

So die Entscheidung des I. C.-S. vom 29. III. 1890,[1]) in der ausgeführt wird: Unrichtig sei die Ansicht des Berufungsgerichtes, daß die bei einem Distanzkauf dem Käufer obliegende Pflicht zur Leistung Zug um Zug gegen Übergabe der Ware den gesetzlichen Erfüllungsort für die Zahlungspflicht nicht ändere: „Denn bei dieser Argumentation wird übersehen, daß es sich bei der Leistung Zug um Zug nicht bloß um die Gleichzeitigkeit der beiderseitigen Leistungen, sondern vorzugsweise darum handelt, daß der eine Kontrahent dem andern nur gegen Erfüllung der diesem obliegenden Leistung zur Erfüllung verpflichtet ist und daß er ihm mithin nicht zu kreditieren braucht.

Dann: Einige Entscheidungen, die sich — wie dies bei der großen Mehrzahl derselben der Fall ist — auf die Wandlung beziehen:

Ein Erkenntnis des R. G. I. C.-S.[2]) vom 2. V. 1883 für das gemeine Recht: Da die Rücknahme und Erstattung Zug um Zug erfolgen müsse, so liege eine solche tatsächliche Verbindung dieser verschiedenen nicht zu trennenden Ansprüche vor, daß auch die Erstattungsansprüche vor demselben Gericht geltend gemacht werden könnten, welches zur Entscheidung über den Anspruch auf Rücknahme der Sache zuständig sei.

Besonders wichtig ist das Erkenntnis des I. C.-S. vom 5. Oktober 1887[3]), in dem mit aller Deutlichkeit der Hauptgrund der herrschenden Lehre vertreten wird: Der Käufer habe Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Ware Zug um Zug „und hieraus folgt dann mit Notwendigkeit, daß auch für die Verpflichtung des Verkäufers zur Rückzahlung des Kaufpreises derjenige Ort der Erfüllungsort ist, an welchem sich in einem solchen Fall die Ware befindet. Ob Kläger auch einen Anspruch auf Abnahme der Ware hat, oder ob nur dem Beklagten ein desfallsiger Anspruch zusteht, ist hierbei unerheblich, solange der Beklagte tatsächlich nicht verzichtet hat."

Ähnliche Argumentation findet sich in einer Entscheidung vom 15. III. 1893,[4]) nur mit dem Unterschied, daß hier der

[1]) Seuffert Arch. Bd. 46 Nr. 37 S. 59.
[2]) R.-G. Bd. 10 Nr. 107 S. 350.
[3]) E. R. G. Bd. 20 Nr. 81 S. 358.
[4]) Gruchot, Bd 37, Beilageheft S. 1208.

Einwand: Der Käufer habe kein Recht auf Rücknahme der Sache, ausführlicher widerlegt wird mit der Begründung . . . „so lange der Käufer auf sein Recht, die Sache zurückzuempfangen, nicht verzichtet hat, kann der Käufer sein Recht nur gegen Rückgabe der Sache ausüben; sein Recht ist mithin örtlich an die Sache gebunden und deshalb der Gerichtsstand für die von ihm anzustellende Klage an dem Orte begründet, wo der Verkäufer die Sache zurückzunehmen hat."

Ebenso abermals der I. Civ.-Senat[1]) und gleichfalls, vom 10. XII. 1896, der VI. Civilsenat[2]) des Reichsgerichts.

Selbständige Begründung dagegen hat wieder ein Erkenntnis des I. C.-S.[3]) vom 26 V. 1900. Es war hier zu entscheiden über den Gerichtsstand bei der Wandlungsklage für einen Fall, in dem das Kaufobjekt schon untergegangen war: Die Ansicht des Berufungsgerichtes, daß der Erfüllungsort für die Rückzahlungspflicht des Verkäufers am Bestimmungsort der seinerseits gelieferten Ware, wegen der notwendigen Einheitlichkeit des Erfüllungsortes für beide Kontrahenten eines Kaufvertrages, begründet sei, wird als bedenklich bezeichnet.

Vielmehr resultiere dieser Erfüllungsort aus dem Anspruch des Käufers, den Preis Zug um Zug gegen Rückgewähr der mangelhaften Ware dort zurückzuerhalten, wo sich diese gemäß der Vertragsabsicht der Kontrahenten befinde. Durch den Untergang der Sache sei nur „der äußere Grund" für diese Änderung des Erfüllungsortes weggefallen, nicht auch der „innere": „Die mangelhafte Vertragserfüllung hat zur Folge, daß der Verkäufer der mit Mängeln behafteten Kaufsache nachgehen und das zurückzuzahlende Kaufgeld an den Ort bringen muß, wohin die Kaufsache nach dem Vertrage geschafft worden ist. Seine Schuld aus der Änderung des Vertrags ist eine Bringschuld geworden": der Übergang der Sache ändere daran nichts.

Mit Ausnahme der zuerst angeführten Entscheidung sind die andern alle für das frühere Recht, teils gemeine Recht, teils für das Gebiet des Landrechts, erlassen. Für das neue

[1]) Seuff. Bl. f. R.-A., Erg. Bd. 11, S. 302-3.

[2]) Gruchot, Bd. 44 Beilageheft S. 1148, Jur. Wochenschr. 1900 S. 553-54,

[3]) Seuff. Bd. 52 Nr. 148 S. 274.

Recht ist die grundlegende Entscheidung vom II. Civ.-Senat[1]) am 16. Juni 1903 erlassen werden.

Jedoch führt es keine neuen Gesichtspunkte an, trotz seiner recht ausführlichen Begründung. Ebenso Bd. 57. S. 15; und ebenso O.-L.-G. Köln am 12. Februar 1901.[2])

Etwas näher ausgeführt sei noch eine Entscheidung des O.-L.-G. Celle vom 8. Oktober 1898,[3]) weil es in aller Form und entschiedenster Deutlichkeit das Hauptargument der herrschenden Lehre betont: „Es handelt sich" — bei der Wandlung — „um zwei Verpflichtungen, die Zug um Zug, d. i. zu gleicher Zeit und mithin am gleichen Orte, zu erfüllen sind". . . . Wenn der Kaufpreis bei der Übergabe zu zahlen ist, so folgt daraus mit naturgesetzlicher Notwendigkeit, daß dann auch nur an dem Ort der Übergabe zu zahlen ist, da jede örtliche Trennung von Übergabe und Zahlung auch eine zeitliche Trennung dieser Akte enthalten würde."

Im Übrigen macht sich dies Urteil die Gründe des oben angeführten Reichsgerichtsurteils vom 15. III. 1893[4]) zu Eigen.

Zum Schlusse dieses Abschnittes sei noch bemerkt, daß auch der neue Kommentar der Reichsgerichtsräte,[5]) der mir eben erst zu Gesicht gekommen ist, die Anschauung der herrschenden Lehre vertritt, mit den Worten.

Bei Zug- um Zugleistungen ist der Leistungsort ein gemeinsamer. Das gilt auch im Falle des Rücktritts und der Wandlung.

§ 6.

Stellungnahme zu den beiden Haupttheorien.

Nach unserer Meinung ist weder die herrschende, insbesondere vom Reichsgericht vertretene, noch die gegnerische, hauptsächlich von Oertmann verteidigte Lehre die richtige.

Bevor wir jedoch auf die Prüfung der beiden Theorien eingehen, sei voraus bemerkt, daß des kürzeren Ausdrucks wegen, die herrschende Theorie im Folgenden bezeichnet wird, als: Theorie des Reichsgerichts, die gegnerische Lehre als

[1]) R.-G. Bd. 55 Nr. 28 S. 105.
[2]) „Das Recht" 1901 S. 178.
[3]) Seuff. Arch. Bd. 54 Nr. 80 S. 138.
[4]) Gruchot, Bd. 37 Beilagenheft S. 1206.
[5]) Comm. der Reichgerichtsräte Bd. I. zu § 269, Ziff. 7, S. 231.

Theorie Oertmanns. Oertmann ist nämlich derjenige, welcher die letztere Lehre am ausführlichsten bis jetzt begründet und verteidigt hat.[1])

I.

Bekämpfung der Theorie des Reichsgerichts.

Die meisten Entscheidungen, in denen das Reichsgericht die Einheitlichkeit des Leistungsortes bei Zug- um Zugleistung fordert, beziehen sich auf den Sonderfall der Wandlung. Aber, daß das Reichsgericht hiemit keine Besonderheit des Wandlungsrechtes betonen will, — es wäre möglich eine solche anzunehmen, vielleicht aus der Pflicht des Verkäufers, die aus dem Geschäft erwachsenen Unkosten dem Käufer zu erstatten — dies ergibt sich daraus, daß das R.-G. auch für den Fall, daß die Ware an einen dritten Ort gebracht und somit dort zurückzugeben ist, dem Käufer dort eine Rückzahlungspflicht auferlegt. Dies kann aber nur eine Folge der Leistungspflicht Zug um Zug sein. Wäre die oben angeführte Pflicht des Verkäufers zur Abnahme der dem Käufer erwachsenen Unkosten das Motiv, so könnte es nicht erklärt werden, warum der Verkäufer an dem dem Käufer vielleicht ganz gleichgültigen Ort der Warenrückgabe, seine Rückzahlungspflicht genügen sollte.

Außerdem argumentiert das Reichsgericht nie mit Gründen aus dem Wandlungsrecht, sondern immer mit Beweismomenten allgemeiner Art, nämlich: Weil der Verkäufer den Preis Zug um Zug leisten muß gegen Rückgabe der Ware, ist der Leistungsort dafür an dem Ort, wo die Ware zurückgegeben werden muß — dies ist meist am Wohnort des Käufers oder an dem Ort seiner gewerblichen Niederlassung.

Ebenso ist die Begründung der übrigen Anhänger der herrschenden Lehre.

Sind aber die angeführten Gründe aus der Natur der Zug-um Zugleistung genommen, so muß dies eben bei der Zug- um Zugleistung immer so sein. Da kommt man aber bald auf unüberwindliche Schwierigkeiten, die nur bei der Wandlung nicht so deutlich hervortreten. Darin liegt schon eine Schwäche der herrschenden Lehre; denn sie wird nie überzeugen können, daß dies ein Sonderrecht für die Wandlung wäre.

---

[1]) Oertmann i. d. Zeitschr. f. bayer. Rechtspfl. 1905, Heft I u. II S. 10 bzw. 47 ff.

Es klingt ja in den reichsgerichtlichen Entscheidungen manchmal ganz schüchtern der Grund an: Der Verkäufer ist schuld an der Wandlung und deshalb ist es nur billig, daß er die Kosten des Kaufabschlusses und der Kaufvollziehung übernimmt. Der Käufer muß indemnis discedere.[1])

Dieser Grundsatz ist ja an und für sich richtig und wird auch im B. G.-B. zur Geltung gebracht dadurch, daß § 467 bestimmt: „Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen."

Aber dadurch wird keineswegs die herrschende Lehre gerechtfertigt, ein Sonderrecht des Leistungsortes für die Wandlung zu konstruieren, auch nicht, wenn man mit Plank und Oertmann unter den dem Verkäufer nach § 467 zur Last fallenden Vertragskosten die Kosten des Transportes von Ware und Kaufpreis mitbegreift. Denn einmal ist die Annahme eines einheitlichen Leistungsortes nicht notwendig, andererseits nicht ausreichend für eine praktische und gerechte Durchführung dieser Vorschrift. So Oertmann u. a. O., der dazu ungefähr folgendes ausführt:

Die Annahme der herrschenden Lehre ist nicht erforderlich: Denn auch schon nach dem allgemeinen Grundsatz des § 270 müßte der Verkäufer die ihm auf Grund der Wandlung erwachsene Schuld — die ja nur eine Geldschuld sein kann — auf eigene Gefahr und Kosten dem Käufer übermitteln.

Die Annahme ist auch nicht ausreichend; ja sie ist sogar in vielen Fällen direkt unpraktisch und bewirkt gerade das Gegenteil von dem, was sie bewirken soll: Es soll ja der Kaufpreis nicht immer am Wohnorte des Käufers, sondern immer an dem Ort geleistet werden, wo die Ware sich vertragsmäßig befindet d. h. an dem Ort, „an den sie vertragsgemäß transportiert ist." Es braucht also der Verkäufer nur dort zu zahlen, um jeder Verpflichtung ledig zu sein. Und es ist Sache des Käufers, das Geld von diesem dritten Orte, an dem er vermutlich gar keine Verwendung dafür haben wird, auf eigene Kosten und mit vielleicht erheblichen Mühen abzuholen. Man denke z. B. es sei in dem vom Reichsgericht Bd. 55 Nr. 28 entschiedenen Fall Vertragspflicht der schwedischen Firma ge-

[1]) Ulpian in l. 27. D. XXI. 1.

wesen, das verkaufte Holz nicht an den Wohnsitz des Käufers nach Heilbronn, sondern auf dessen Anweisung an eine italienische oder englische Adresse zu liefern. Nach der herrschenden Lehre des Reichsgerichts müßte auf Grund der vollzogenen Wandlung der Verkäufer den Preis auch in Italien oder England zahlen.

„Des Käufers Interesse wollte man wahren, hat ihm aber dafür einen Nachteil aufgebürdet, der durch die erhöhte Bequemlichkeit, nun an seinem Wohnsitze für den Rückerstattungsanspruch einen Gerichtsstand zu besitzen, kaum immer aufgewogen wird.“[1])

Nehmen wir statt des Kaufes einen Tauschvertrag an, so ist allerdings der Wandlungsgegner nicht auf Grund § 270 zur Rücksendung auf eigene Kosten verpflichtet. Muß er aber auf Grund § 467 für die Transportkosten aufkommen, so entspricht es dem Grundsatz von Treu und Glauben, daß er die eingetauschte Ware auf eigene Kosten zurücksendet.

Für die herrschende Lehre dagegen ergibt sich hier wieder eine neue Schwierigkeit! Muß der Wandlungsgegner gerade an dem Orte zurückliefern, wo er die von ihm gelieferte Ware zurückerhält, so fehlt jeder Rechtsgrund, ihm die Kosten des weiteren Transportes von diesem dritten Ort an den Wohnort des Wandlungsberechtigten aufzubürden.

Dies gilt auch für das oben citierte Erkenntnis des § R.-G. v. 26. V. 1900. Es beschwert die Beteiligten mit einem Leistungsort, der vielleicht beiden fernliegt.

Wir haben aber bereits konstatiert, daß die Einheitlichkeit des Erfüllungsortes, wenn man wirklich eine solche annimmt, nicht auf das Sonderrecht der Wandlung eingeschränkt werden darf, sondern daß er für alle Leistungen Zug- um Zug gelten muß, weil die angeführten Gründe alle aus der Natur der Zug- um Zugleistung stammen.

Aber da stoßen wir auf beinahe unüberwindliche Schwierigkeiten, die die herrschende Lehre übersieht, weil sie eben bei ihrer Beweisführung immer von dem Falle der Wandlung ausgeht, worin ja, wie schon gesagt, ihre Schwäche beruht.

---

[1]) Oertmann a. a. O.

Nehmen wir z. B. die gegenseitigen Verträge, die ja im Prinzip Zug um Zug zu erfüllen sind. Nach der herrschenden Lehre müßten hier beide Parteien am selben Orte leisten. Die Frage ist nur an welchem? Soll hierfür der gewöhnliche nach § 269 bestimmte Leistungsort einer Partei genommen werden, oder weder der Leistungsort der einen noch der andern Partei, sondern ein davon verschiedener dritter Ort?

Warum hier der gewöhnliche Leistungsort der einen Partei für die andere maßgebend sein soll, ist nicht einzusehen. Es wäre in den meisten Fällen eine schwere Unbilligkeit gegenüber dieser andern Partei, die dadurch ungerechtfertigter Weise vielleicht stark beschwert würde. Es würde dies der Natur des gegenseitigen Vertrags, wonach beide Parteien rechtlich völlig gleichgestellt sind, direkt widersprechen.

Ginge die Leistungspflicht einer Partei auf Geld, so könnte man diese Regelung mit einem Schein von Berechtigung treffen, indem man sagen würde, wie das Reichsgericht bei Seuffert Bd. 46 Nr. 37: Geld ist die kurrentere, leichter transportable Ware, außerdem muß ja der Geldschuldner nach § 270 die Gefahr und Kosten des Transportes ohnedies tragen, so daß er durch Verlegung seines Leistungsortes an den seines Vertragsgegners nicht besonders beschwert wird.

Doch ist dies nicht richtig! Dem stehen wichtige Bedenken entgegen. Wenn man in Betracht zieht, in wie vielfacher Beziehung der Leistungsort von rechtlicher Bedeutung ist, so muß diese Behauptung doch gewagt erscheinen. § 270, ist sich dessen auch bewußt, indem er ausdrücklich sagt, daß durch den Bringschuldcharakter der Geldschuld die Vorschriften über den Leistungsort nicht berührt werden sollen. Würde man aber mit der herrschenden Lehre den Leistungsort des Geldschuldners an den Leistungsort des Vertragsgegners verlegen, so wäre das unter Umständen doch eine schwere, absolut nicht gerechtfertigte Benachteiligung des Geldschuldners. Nimmt man z. B. an, dieser wohnt in Berlin, der Vertragsgegner hat in Paris zu erfüllen, so müßte der Berliner in französischem Gelde zahlen, der Gerichtsstand des § 29 C. P. O. wäre in Paris u. s. w.

Daß also der Leistungsort der einen Partei auch der der

Gegenpartei sein soll, geht nicht. Es ginge allerdings dann, — und auch hier nicht überall — wenn man nach dem von Reatz[1]) aufgestellten Grundsatz entscheiden würde: Daß der Erfüllungsort immer da sei, wo die Obligation ohne Nachteil der Partei, die durch die obligationsbegründende Handlung keinen Vorteil hat, erfüllt werden kann — dies wäre wohl meist der Wohnort und der in der Regel damit zusammenfallende Erfüllungsort dieser Partei.

Nun ist aber die Reatz'sche Lehre nicht richtig und hat auch im Ganzen wenig Anklang gefunden.[2]) Es kann jedoch nicht unsere Aufgabe sein, Reatz ausführlich zu widerlegen.

Nur einige Bedenken möchte ich gegen ihn geltend machen.

Reatz stützt seine Lehre auf die l. 61 § 5 D. de furtis 47,2 und die l. 7 D. testament. quemadm. aper. 29. 3. Hier ist ausgesprochen, daß Niemandem seine Gefälligkeit Schaden bringen soll — freilich in der ersten Stelle nicht in Beziehung auf den Erfüllungsort, in der zweiten nur in Beziehung auf einen ganz besonders gearteten Fall des Erfüllungsortes. Danach unterscheidet Reatz: Obligationen zum Vorteil nur des Gläubigers — in unserm Fall: Des einen Vertragsgegners beim gegenseitigen Vertrag — oder nur des Schuldners — in unserm Fall: Des andern Vertragsgegners — oder zum Vorteil beider Teile, oder keines Teiles

So ist Kauf und Miete z. B. nach Reatz ein Vertrag zu Gunsten nur des Käufers, bezw. nur des Mieters — und zwar darum, weil der Kaufpreis wirtschaftlichen Gesetzen entsprechend, um den Herstellungspreis gravitiert[3]), der Mietpreis nur einen Beitrag zum Ersatz der auf die Vermietbarkeit der Sache oder Kräfte verwendeten Kosten bildet.[4])

Dagegen ist einzuwenden, daß wirtschaftliche Gesetze wie die angegebenen, nicht fähig sind, einen Maßstab für die Frage, zu wessen Gunsten eine Obligation entsteht, abzugeben.[5]) Dafür kann

[1]) Reatz: Erfüllungsort S. 30ff.; ebenso im Gutachten S. 512.

[2]) Gebilligt im wesentlichen von Bodenhausen, Burchard, zum Teil von Arndts § 221 — als nicht quellenmäßig von Schulin S. 23, 24, oder künstlich von Ryck, S. 379, Anm 1, bezeichnet.

[3]) Reatz: Erfüllungsort S. 95ff.

[4]) Reatz a. a. S. 116.

[5]) So richtig: Melchior: Erfüllungsort S. 39 u. Burchard: Erfüllungsort S. 42, 50.

nur der Wille der Parteien, sich durch Abschluß der Obligation einen Vorteil zu verschaffen, maßgebend sein. Jedenfalls liegt aber dieser Wille bei Kauf und Miete nicht bloß auf Seite des Käufers, sondern auch des Verkäufers. Ferner muß doch bedacht werden, daß das von Käufer und Mieter gezahlte Geld als Träger von Arbeit und Gütern aufgefaßt werden muß, und zwar von gerade sovielen, daß ihr Wert um den Wert der gekauften Sache oder des gemieteten Gebrauches gravitiert. Und es ist nicht richtig, den Mietpreis nur als einen Beitrag zum Ersatz der auf die Vermietbarkeit der Sache oder Kräfte verwendeten Kosten aufzufassen, wie dies Reatz tut; denn der Vermieter wird doch wohl in den allermeisten Fällen den nationalökonomischen Grundsatz „mit möglichst wenig Aufwand möglichst viel Erfolg zu erzielen", nicht außer Acht lassen und würde, wenn er nicht einen wirtschaftlichen Vorteil durch das Vermieten z. B. der Zinshäuser in unsern Großstädten hätte, nicht lange ein derartig unrentables Geschäft treiben.

Bei konsequenter Durchführung der Reatz'schen Lehre würden sich demnach Kauf und Miete als Obligationen zum Vorteil keines Teils darstellen, was ebenso unrichtig ist. Außerdem hat das Reatz'sche Prinzip den Nachteil, daß es in vielen Fällen gänzlich versagt. In der Kategorie: Obligationen zum Vorteile keines Teiles[1]) sind die Erfüllungsorte ganz verschieden.

Daß außerdem diese Lehre quellenmäßig nicht zu begründen ist, ist ein Punkt, der uns hier nicht interessiert. Es sei hierzu verwiesen auf Melchior a. a. O. S. 40.

Es wäre demnach dieses Prinzip bei der Wandlung durchführbar, aber daß auch hier die Einheitlichkeit des Erfüllungsortes, das indemnis discedere, das Ulpian[2]) für den wandelnden Käufer verlangt, nicht genügend erfüllt wird, haben wir oben nachgewiesen.

Es bliebe sonach die Möglichkeit noch, einen Ort der Erfüllung für beide Parteien zu suchen, der von vorneherein weder Erfüllungsort des einen nach des andern Vertragsteiles ist. Bei der Wandlung konnte die herrschende Lehre den Ort,

[1]) Reatz a. a. O. 117, 118.
[2]) Ulpian a. a. O.

wo sich die Ware vertragsmäßig befand, dafür bestimmen. Wo aber soll man eine Norm finden, nach der z. B. bei einem gegenseitigen Vertrag ein solcher Ort bestimmt werden kann. Es würde hier unter Umständen — selbst wenn es gelingen sollte, eine Norm zu finden — für beide Parteien dieser dritte Ort lästig und unbequem sein, wie z. B. in dem oben angeführten etwas modifizierten Fall des R.-G. Bd. 55. S. 105 ff.

Es würde also in dieser Verlegung manchmal noch eine größere Unbilligkeit liegen, als bei Verlegung des Leistungsortes einer Partei an den der andern. Während nämlich im letzten Fall eventuell nur eine Partei beschwert würde, würden dort vielleicht alle beide — oder mehrere — Parteien benachteiligt. Doch liegt, wie ja vorhin gesagt, die unlösliche Schwierigkeit darin, einen Grundsatz zu finden, nach dem ein dritter Erfüllungsort gefunden werden soll.

Aber damit noch nicht genug! Es gibt Fälle, in denen ein gemeinsamer Erfüllungsort direkt unmöglich ist. So in dem Fall des R.-G. Bd. 51 Nr. 85 S. 361: Wenn zwei Grundstücke gegeneinander ausgetauscht werden sollen, kann die Verpflichtung beider Parteien zur Übergabe unmöglich an einem andern Ort erfüllt werden, als da, wo das Grundstück liegt und auch die Auflassung kann nur in dem Gerichtsbezirk erfolgen, in dem das Grundstück liegt.

Nach der herrschenden Lehre kann hier unmöglich Zug um Zug geleistet werden.

Der Einwurf, daß in diesen Fällen überhaupt nicht Zug um Zug geleistet werden kann, ist ein sehr armseliger Notbehelf der herrschenden Lehre und außerdem ein Verstoß gegen § 320.

Einen durchschlagenden Grund gegen die herrschende Lehre hat das Oberlandesgericht Hamburg[1]) vorgebracht:

Es weist daraufhin, daß es nur ein Recht, nicht aber eine Pflicht (des Verkäufers) sei, die beanspruchten Zahlungen nur Zug um Zug gegen Auslieferung der Ware zu leisten. Er braucht also nicht zu warten, bis die Gegenleistung bewirkt wird, sondern kann leisten ohne Rücksicht darauf. Dann wäre aber nach § 269 zweifellos sein Wohnort, oder der Ort seiner Niederlassung, für ihn Erfüllungsort.

[1]) S. o. a. a. O.

Macht aber der Verkäufer von der durch § 273 oder § 320 ihm gewährten Vergünstigung Gebrauch und verlangt Zug- um Zugleistung, so wäre ihm dies vom Gesetz gewährte Recht ein Danaergeschenk in Bezug auf den Erfüllungsort. Er müßte, um eines ihm zustehenden Rechtes willen, sich einem vielleicht unbequemen Gerichtsstand unterwerfen. Und es stünde nicht einmal in seiner Macht, sich dieser unbequemen Folge zu entziehen durch Nichtgeltendmachung seines Gegenrechtes:

Denn wäre das Gericht, in dessen Bezirk der wandelnde Kläger zurückleisten müßte, auch für den Ersatzanspruch des Beklagten zuständig, dann würde der ausbleibende Beklagte eventuell im Versäumnisverfahren auf reine Leistung verurteilt. Man bedenke: Verurteilt auf reine Leistung von einem Gericht, das einerseits nur zuständig ist wegen der Leistungspflicht Zug um Zug, und das andererseits nur zuständig ist, weil der Beklagte zur reinen Leistung nicht verpflichtet war.

All das Gesagte gilt natürlich für sämtliche Fälle, in denen überhaupt Zug um Zug geleistet wird, also auch für das Zurückbehaltungsrecht. Und hier ist für den Sonderfall der Quittungsleistung im § 369 eine Bestimmung enthalten, die darauf schließen läßt, daß der Gesetzgeber keineswegs an einen einheitlichen Erfüllungsort gedacht hat. Im § 369 ist nämlich bestimmt, daß der Schuldner, der Quittung vom Gläubiger verlangt, deren Kosten zu tragen hat. Zu den Kosten gehören aber nach Plank[1]) und Oertmann[2]) auch die Transportkosten. Daraus und aus der gewöhnlichen Regel des § 269 geht deutlich hervor, daß der Erfüllungsort für die Quittungsleistung bei dem quittierungspflichtigen Gläubiger ist. Wenn aber der Schuldner die Kosten tragen muß — auch die Transportkosten — so folgt daraus, daß die Quittungsschuld sicherlich keine Bringschuld ist. Nun ist aber die Quittung „gegen Empfang", — Zug um Zug —, der Leistung, welche quittiert werden soll, zu fertigen; diese Leistung ist aber nach § 269 — es ist nicht bloß über Geldleistungen Quittung zu geben — in der Regel am Wohnort des Schuldners zu vollziehen. Also kann hier von einem einheitlichen Erfüllungsort nicht die Rede sein.

[1]) Plank zu § 369.
[2]) Oertmann, in der Zeitschr. a. a. O., S. 52.

Noch ein Argument! Wenn der Gegner zur Vorleistung verpflichtet ist, kann der Kläger nach § 320 reine Leistung begehren. Hier ist nicht Zug um Zug zu leisten, also auch nach der herrschenden Lehre kein einheitlicher Erfüllungsort gegeben. Es kann also nicht an dem Erfüllungsort des Klägers geklagt werden; dagegen wäre dies bei einer Zug- um Zugleistung der Fall.

Man käme damit zu dem widersinnigen Resultat: Die Vorleistungspflicht ist eine Erschwerung der rechtlichen Stellung des Beklagten bei Pflicht zur Leistung Zug um Zug; in Bezug auf den Erfüllungsort dagegen würde durch die Einheitlichkeit des Erfüllungsortes für beide Parteien bei der Zug- um Zugleistung die Stellung des Beklagten bei Pflicht zur Vorleistung eine günstigere statt einer ungünstigeren, wie man es doch erwarten sollte.

Noch ein letzter Punkt! Die ganze Lehre des Reichsgerichts baut sich auf dem Satze auf: Aus der Natur der Zug-um Zugleistung folgt die Einheit des Erfüllungsortes. Würde es also gelingen, nachzuweisen, daß Zug- um Zugleistung nicht bedeutet: gleichzeitige Leistung beider Parteien, so wäre dieser Lehre der Boden entzogen, und in Nichts würde die Argumentation zusammensinken: Jede örtliche Trennung des beiderseitigen Leistungsvollzuges wäre auch eine zeitliche Trennung.[1])

Darauf werden wir unten ausführlich zusprechen kommen.

II.

Stellungnahme zur Oertmann'schen Lehre.

Wenn wir die Theorie des Reichsgerichts nicht billigen, so können wir doch der Oertmann'schen Lehre gleichfalls nicht beistimmen.

Darin müssen wir der herrschenden Meinung gegen Oertmann Recht geben, wenn Zug- um Zugleistung identisch ist mit gleichzeitiger Leistung beider Parteien, so ist eine Verschiedenheit der Erfüllungsorte vielfach, — wenn auch nicht immer — gleichbedeutend mit einer Verschiedenheit der beiderseitigen Leistungszeit.

[1]) So: O. L. G. Celle, S. oben.

Die Realgeschäfte: z. B. Handkauf oder reales Tauschgeschäft brauchen hier natürlich nicht erörtert zu werden; hier läßt sich eine Zug- um Zugleistung ohne die geringste Schwierigkeit annehmen; hier fallen aber auch beide Leistungsorte zusammen!

Anders ist es dagegen bei Verschiedenheit des Erfüllungsortes. Nehmen wir z. B. den Distanzkauf! Hier wird die Schwierigkeit umgangen durch Annahme eines Handelsgebrauches, wonach die Gegenleistung nicht eher verlangt werden kann, als bis die Ware beim Gegner eingetroffen ist und von ihm auf ihre Ordnungsmäßigkeit hat untersucht werden können.

Oertmann beruft sich hierfür[1]) auf die Autorität des Reichsgerichts und Staubs.

Aber abgesehen davon, daß auch dies nicht unbestritten ist, — ich verweise hier nur auf das schon öfters erwähnte Buch Leonhards: Erfüllungsort und Schuldort — wird damit theoretisch das Problem nicht gelöst und es ist dies doch für die Praxis von großer Bedeutung. Nehmen wir z. B. an, es wird ein derartiges Distanzgeschäft von Nichtkaufleuten abgeschlossen. Dann existiert dieser Handelsgebrauch nicht. Wie ist es dann?

Weiter sagt Oertmann[2])! Ist die Schuld eine Holschuld, so muß es auch genügen, wenn der Verkäufer die Ware bloß dem Spediteur oder Frachtführer übergeben hat.

Kann aber der Verkäufer, wenn er dies beweisen kann, wirklich schon die Absendung des Kaufpreises verlangen? Die Zug- um Zugleistung hat doch unter anderm auch den Zweck der Sicherung beider Parteien. Wird dieser Zweck erreicht, wenn der Käufer schon zahlen muß, bevor er weiß, ob die vom Verkäufer abgesandte Ware auch wirklich die vertragsmäßige ist, bevor er weiß, ob überhaupt tatsächlich eine Ware und nicht ein völlig wertloser Gegenstand abgesandt wurde, oder ob die abgesandten Kisten oder Enveloppen nicht leer sind, wie z. B. in einem Fall in Stammlers Praktikum des bürgerlichen Rechts, wo eine Zigarrenfirma einem Kunden per Nachnahme ein Zigarrenkistchen schickt, in dem nichts darin war, als die Quittung für eine frühere Sammlung Zigarren von derselben Quantität und Qualität?

---

[1]) Oertmann in der Zeitschr. S. 53.
[2]) Oertmann a. a. O.

Außerdem kann die Ware vom Absender, bevor die Traditionspapiere übergeben sind, noch zurückgerufen werden, oder an eine andere Adresse ausgeliefert werden. Sein Verfügungsrecht erlischt erst dadurch, daß der Frachtbrief an den Empfänger übergeben ist. Kurz: „Der Käufer hat ein zwingendes Interesse daran, daß er erst dann leistet, wenn er die Ware schon erhält" — so Leonhard.[1])

Außerdem kann bei einer Holschuld — von dem Distanzgeschäft abgesehen — nach Oertmann, der Verkäufer die zuleistende Ware gegen Nachnahme zusenden. Aber abgesehen von den im vorigen Absatz dagegen geltend gemachten Bedenken, wie steht es, wenn man statt Kauf einen Tausch annimmt? Hier kann ja nicht per Nachnahme geleistet werden?

Wie ist es außerdem in folgendem Fall: Es kauft jemand in Berlin ein Bild unter der ausdrücklich gegebenen Zusage des Verkäufers, daß das Bild in München übergeben werden soll; Der Käufer aber wohnt in einer andern Stadt z. B. in Würzburg. Der Käufer ist ja nach der Oertmann'schen Lehre berechtigt, in Würzburg zu leisten; Der Verkäufer muß in München leisten; wie soll hier zugleich geleistet werden können?

Oertmann führt außerdem gegen die herrschende Lehre den Fall des R.-G. Bd. 51 Nr. 85 S. 367 an, um nachzuweisen, daß hier ein gemeinsamer Erfüllungsort direkt unmöglich ist. Wie ist es aber bei seiner eigenen Lehre in diesem Fall? Es ist nicht einzusehen, wie hier eine gleichzeitige Leistung beider Parteien vor sich gehen soll. Wenn ja auch bei der Auflassung Stellvertretung zulässig ist, so daß zugleich an beiden Orten aufgelassen werden kann, so ist dies doch praktisch nicht durchführbar. Machen die Parteien z. B. aus, daß am 11. Januar Vormittags 10 Uhr vor beiden Grundbuchämtern aufgelassen werden soll, so ist doch keine Gewähr gegeben, wenn vor dem Grundbuchamt X aufgelassen wird, daß auch zugleich vor dem Grundbuchamt Y dies geschieht. Abgesehen davon, daß die Parteien den Grundbuchämtern nicht vorschreiben können, daß genau zu dieser Zeit die Auflassung vorgenommen werden muß. Und doch sagt Oertmann[2]): Leistung Zug um Zug sei identisch mit Leistung gegen gleichzeitigen Empfang der

[1]) Leonhard a. a. O. S. 57.
[2]) Oertmann a. a. O. S. 10, Fußn. 1.

Gegenleistung und ferner[1]): Wenn man von der Zug- um Zugleistung hier absehe, wäre es ein Verstoß gegen § 320, der bei gegenseitigen Verträgen Zug- um Zugleistung da überall eintreten läßt, wo nicht der eine oder andere Teil vorzuleisten hat.

Weiter sagt Oertmann[2]): „Unter Umständen kann der eine Teil dem andern, der sich zur Empfangnahme der Gegenleistung bei ihm einzufinden hat, wohl auch zumuten, die geschuldete Leistung des Anfordernden mitzubringen. Eine Weigerung, auf diese Zumutung einzugehen, würde wenigstens in den Fällen, wo dadurch dem andern Teile keinerlei nennenswerte Mühe entsteht, leicht als gegen Treu und Glauben verstoßend folgerecht nach § 242 als unstatthaft anzusehen sein. Man denke etwa an den Fall, daß jemand einem andern gestattet, tauschweise gegen eine seltene Münze oder Briefmarke aus seinem Garten einen Baum auszugraben oder mitzunehmen."

Ähnlich Kerßenbohm[3]): „Nach der allgemeinen Regel müßte an sich jeder Teil abholen. Das beiderseitige Abholen erscheint jedoch insofern als eine nutzlose Vergeudung von wirtschaftlichen Kräften, als der tatsächlich Abholende, da doch beiderseits gleichzeitig zu leisten ist, den Hinweg zur Überbringung des seinerseits Geschuldeten benutzen könnte. . . . Es wäre geradezu ein Verstoß gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, Leistung zu fordern, wenn der Abholende nicht auch zugleich seinerseits leistete, immer vorausgesetzt, daß durch das Mitbringen nicht eine unverhältnismäßige Belastung einer Seite entsteht. . . . . So wenn es sich um Geld oder sonst leicht mitnehmbare Sachen handelt."

Ich kann dagegen absolut nicht finden, daß es gegen Treu und Glauben verstößt, wenn in dem Oertmann'schen Fall der Briefmarken- oder Münzenschuldner sich weigert, obwohl er die Gegenleistung beim Gegner holen muß, zugleich seinen Leistungsgegenstand mitzubringen. Wie leicht ist es möglich, daß ein so kleiner Gegenstand wie eine Briefmarke oder Münze, verloren geht. Oder nehmen wir an, der Leistungspflichtige hat dieselben im Portemonnaie oder seinem Handkoffer, welche ihm gestohlen werden. Wer anders müßte den

[1]) Oertmann a. a. O. S. 52 oben.
[2]) Oertmann a. a. O. S. 53.
[3]) Kerßenbohm, Der Leistungsort, S. 97 ff.

Verlust tragen als der Leistungsschuldner? Dem Gegner die Gefahr dafür aufzubürden, dafür existiert nicht der mindeste Rechtsgrund. Er hat ja seinen Gegner nicht aufgefordert zu bringen. Und selbst, wenn er gesagt hätte: Du kannst die Briefmarke mitbringen, wenn du den Baum abholst; so würde dies immer noch nicht genügen, eine Analogie nach § 447 zu konstruieren.

Mit vollem Recht darf sich also der Briefmarkenschuldner in Rücksicht auf die Gefahrtragung weigern, die Briefmarke zu bringen; und würde dies wirklich gegen Treu und Glauben verstoßen, so wäre dies noch mehr der Fall, wollte man ihn dazu für verpflichtet halten.

Dieselben Bedenken sprechen auch gegen die ähnliche, oben angeführte Ansicht Kerßenbohms. Dieser will ja nur — wenn keine besondere Gefahr besteht — dem einen Teil das Bringen zumuten. Aber gibt es überhaupt solche Fälle? Kerßenbohm führt als Beispiel Geld oder sonst leicht mitnehmbare Sachen als Beispiele an. Bei Geld könnte man ja allerdings diese Auffassung vertreten, aber nicht, weil es eine „leicht mitnehmbare Sache" ist, sondern weil der Geldschuldner ohnedies die Gefahr zu tragen hat nach § 270. Abgesehen davon hat er aber auch hier doch weit weniger Risiko, wenn er das Geld per Post schickt, als wenn er es mitbringen muß. Dann bestehen wieder die oben erwähnten Möglichkeiten, bestohlen zu werden oder das Geld zu verlieren, oder was sonst im täglichen Leben für Zufälligkeiten gefährlich werden können. Und für andere „leicht mitnehmbare Sachen" muß ja der Schuldner nicht die Gefahrtragung des § 270 übernehmen. Wie dann?

Gerade diese Schwierigkeit der Gefahrtragung ist es auch, die die Staub'sche Lösung des Problems, — welche nach Oertmann[1]) für die übrigen Fälle der Zug- um Zugleistung gelten soll — bedenklich erscheinen läßt. Staubt sagt[2]):

„Die Lösung liegt darin, daß derjenige, dem an der Gegenleistung am meisten liegt, die Leistung dem andern Teil an dessen Erfüllungsort hinbringt und nunmehr Zug um Zug die Gegenleistung verlangt."

Aber abgesehen von der Gefahr ist es noch ein anderer

[1]) Oermann in der Zeitsch. a. a. O., S. 53, Ziff. 3.
[2]) Staub: H.-G.-B., Exc. zu § 372, § 7.

Umstand, der diese Regelung unbequem und benachteiligend erscheinen läßt. Aus dem eben angeführten Satze von Staub geht hervor, daß dieses Bringen der Leistung an den Leistungsort der Gegenpartei die Regel sein soll. Daraus glaube ich, schließen zu dürfen daß Staub unter Umständen — wenn es sich um Leistungen handelt, die nicht gebracht, sondern nur hintransportiert werden können — unter Bringen auch Transportieren versteht.

Warum soll hier der Transportierende die eventuell zeitraubende Mühe der Verpackung auf sich nehmen und die Kosten des Transportes tragen müssen? Man wird sofort erwidern: Die Kosten der Verpackung und des Transportes muß natürlich der Gegner tragen, da er die Aufwendungen erspart, die er seinerseits beim Transport gehabt hätte. Wie nun aber, wenn der Gegner sagt: Er hätte dem Leistenden nicht den Auftrag zum Transport gegeben und er hätte den Transport viel billiger bewerkstelligen können? Er hat vielleicht ein großes Unternehmen mit mehreren Lastautomobilen und vielen Hunderten von Arbeitern. Er hätte deshalb Verpackung und Transportierung mit den durch seinen Geschäftsbetrieb ermöglichten Hilfsmitteln viel billiger bewirken können, als es bei dem wirklichen Transport auf der Eisenbahn möglich war. Der Bringende müßte zweifellos die Mehrkosten tragen.

Man könnte einwenden: Der Bringende muß es vorher dem Gegner mitteilen. Genehmigt dieser das Bringen bezw. Transportieren, so muß er auch die Kosten tragen. Wenn er es aber nicht genehmigt, sondern sagt: Ich hole ab. Wie wird dann die gleichzeitige Leistung durchgeführt?

Staub sagt weiter: Mehr — als wie er in § 7 zu 372 H.-G.-B. vorschlägt — kann auch im Wege des Prozesses nicht erzielt werden. Das ist aber nicht richtig; der Kläger wäre immer noch besser daran als bei der Staub'schen Regel, was doch nicht der Fall sein sollte. Denn die Klage ist die ultima ratio. Nach § 322_3 verb. m. § 274_2 kann allerdings der Gläubiger erst vollstrecken lassen, wenn er den Gegner in Annahmeverzug versetzt hat. Aber dazu ist absolut nicht erforderlich, daß die Leistung des Vollstreckenden an den Wohnort des Gegners gebracht wird — er braucht nur an seinem Wohnsitz zu leisten, es genügt zur Vollstreckung der Nachweis, daß

er an seinem Wohnsitz ordnungsmäßig angeboten hat. Sobald dies geschehen ist, kann er vollstrecken lassen. Er kommt also auf diesem Weg zu der ihm zustehenden Leistung, ohne daß er seinen Leistungsgegenstand an den Erfüllungsort des Gegners bringen oder transportieren lassen muß, ohne daß er Kosten und Mühen des Transportes hat, oder doch wenigstens den Schwierigkeiten wegen Kostenerstattung, wie sie oben geschildert wurden, dadurch aus dem Wege gehen kann.

Und noch ein letztes Moment. Oertmann, Kerßenbohm und Staub sagen: Unter Umständen muß ein Teil seine Leistung an den Abholungsort — meist der Wohnort des Gegners und dessen Erfüllungsort — bringen und dort leisten. Es heißt dies soviel, als daß der Bringende dort am Erfüllungsort des Gegners übergeben muß; er vollzieht also dort die Hauptverpflichtung aus dem Schuldverhältnis, er muß dort leisten und der Gegner muß dort annehmen. Verlegt dadurch die Oertmann'sche Lehre nicht gerade so wie die von ihr bekämpfte Theorie des Reichsgerichts den gewöhnlichen Leistungsort des § 269 an einen andern Ort? Und sie sagt doch entgegen der reichsgerichtlichen Anschauung: Bei Zug- um Zugleistung ist kein einheitlicher Erfüllungsort begründet. Versteht man aber mit Oertmann[1]) unter Leistungsort den Ort im Raum, wo der Schuldner die Leistungshandlung tatsächlich vollzieht bezw. vollziehen muß, so kann man nicht umhin zu sagen: Wenn der Bringende beim Gegner leisten muß, so ist eben dort sein Erfüllungsort mit all den darausfolgenden, oben genannten, rechtlichen Konsequenzen. Und die Oertmann'sche Lehre würde hier dieselbe Anschauung vertreten wie die von ihr bekämpfte Reichsgerichtstheorie.

Eigene Meinung.

Vorbem. In der Litteratur ist fast ausnahmslos die Meinung vertreten: Zug- um Zugleistung ist identisch mit gleichzeitiger Leistung beider Parteien.

Meiner Meinung nach dagegen ist die Zug- um Zugleistung des B. G.-B. nicht gleichzeitige Leistung, sondern man hat darunter vielmehr ein Nacheinander in der Zeit zu verstehen und zwar ein unmittelbares, kontinuierliches Nacheinander.

---

[1]) Oertmann teilt ja hier gegen Leonhard die herrschende Ansicht.

Gelingt es uns diesen Nachweis zuführen, so ist dadurch auch die reichsgerichtliche Theorie von der Einheit des Erfüllungsortes widerlegt — sie stüzt sich ja fast nur auf die Gleichzeitigkeit der Leistung. Auch sonst lassen sich dann in vielen Fällen, wo nach Reichsgericht und Oertmann ein unbefriedigendes Ergebnis sich ergibt, befriedigende Resultate finden.

Bemerkt sei noch, daß wir um des kürzeren Ausdruckes willen in diesem Abschnitt die reichsgerichtliche und Oertmann'sche Lehre zusammen als die herrschende Lehre bezeichnen, da beide auf dem Standpunkt stehen: Zug- um Zugleistung = gleichzeitige Leistung beider Parteien.

§ 7.

Verwandte Ansichten.

I. In der ganzen einschlägigen Litteratur — soweit sie mir bekannt ist — habe ich nur einen Schriftsteller gefunden, der mit mir derselben Meinung ist: Keutner. Er sagt: Zug um Zug . . . bedeutet . . . das Nacheinander in der Zeit.[1])

Allerdings nimmt auch er sich nicht die Mühe diese Ansicht ausführlich zu begründen. Wie so viele Schriftsteller behandelt auch er die Frage nur kurz — en passant möchte ich sagen — und bringt keine überzeugenden Gründe.

II. Eine mittlere Meinung vertreten Plank[2]) und Kerßenbohm.[3]) Nach ihnen ist Zug- um Zugleistung in erster Linie Gleichzeitigkeit oder möglichst unmittelbares Aufeinanderfolgen der beiderseitigen Leistungen.

Ich glaube auch, Oertmann ist hierher zu rechnen. Er sagt zwar in der Ztschr. f. b. Rpfl.[4]):

Leistung Zug um Zug ist also im Sinne des Gesetzes: Leistung gegen gleichzeitigen Empfang der Gegenleistung.

Dagegen behauptet er aber andererseits gegenüber der Theorie des Reichsgerichts, daß auch bei Grundstüksaustausch Zug- um Zugleistung möglich sei.[5]) Da wir aber nachzuweisen versuchten, daß in diesem Fall gleichzeitige Leistung nicht

[1]) Keutner: Rechtliche Natur der gegens. Vertr. im B. G.-B. S. 31.
[2]) Plank, zu § 274 I.
[3]) Kerßenbohm a. a. O. S. 97.
[4]) Oertmann a. a. O.. S. 10, Fußnote 1.
[5]) Er sagt nämlich S. 52 a. a. O.: Es wäre ein Verstoß gegen § 320, hier nicht Zug um Zug zu leisten.

möglich sei, so kann daraus geschlossen werden, daß auch Oertmann dieser mittleren Ansicht zugehört.

Auch eine Entscheidung des Oberlandesgerichtes Braunschweig gehört hierher. Es nimmt Stellung gegen die Ansicht des Vorderrichters: Es liege keine Zug- um Zugleistung vor, wenn in einem andern Lokal gezahlt werden müsse, als wo die Ware sich befinde, indem es sagt: „Allein so sehr ist dieser Begriff“ — der Zug- um Zugleistung — „nicht zu pressen. In zahlreichen Fällen wird auch bei der Zug- um Zugleistung der eine Teil den Anfang machen müssen.“.[1])

Endlich ist hierher noch zu rechnen Boethke in Gruchots Beiträgen[2]): „Es ist selbstverständlich, daß die Erfüllung Zug um Zug nicht eine absolute Gleichzeitigkeit der beiderseitigen Leistungen erfordert.“

Doch steht auch Boethke mit Plank, Kerßenbohm und wohl auch Oertmann auf dem Standpunkt: Erfüllung Zug um Zug erfordert prinzipiell Gleichzeitigkeit der beiderseitigen Leistungen und erst wenn diese unmöglich ist ein unmittelbares Nacheinander.

Wenn nun auch diese unter der Gruppe II des vorigen § angeführten Schriftsteller nicht meiner Meinung sind, so geben sie doch immerhin zu, daß ein unmittelbares, kontinuierliches Aufeinanderfolgen der beiderseitigen Leistungen doch als Zug-um Zugleistung aufgefaßt werden kann. Ich aber stütze meiner Ansicht auf folgende Erwägungen:

§ 8.

Zug- um Zugleistung ist nicht identisch mit gleichzeitiger Leistung.

I. Schon das Wort „Zug um Zug“ hat in der Sprache die Bedeutung eines zeitlichen Nacheinanders. So in dem Satz: Beim Schachspiel ziehen die Parteien Zug um Zug. Die Präposition „um“ hat hier wie in vielen ähnlichen Ausdrücken temporale Bedeutung; nicht, wie z. B. in dem Ausdruck des Talionsprinzipes: Aug' um Auge, Zahn um Zahn u. s. w.,

[1]) Rechtspr. d. O. L. G., Bd. 38, S. 487, Nr. 243.
[2]) Boethke in Gruchots Beitr. Bd. 53, S. 317.

kausale Bedeutung. Es ergibt sich dies schon aus dem eben angeführten Satz: Beim Schachspiel ziehen die Parteien Zug um Zug. Auch in vielen andern Ausdrücken, ähnlich diesem, bedeutet „um" ein ununterbrochenes Nacheinander, so z. B. in den Redensarten: Eins um das andere oder: Reihe um Reihe wurden die Feinde niedergemacht; Schritt um Schritt kommen wir dem Ziele näher.

II. Wie eben schon gezeigt, bestimmt der § 320 durch Gewährung der exceptio non adimpleti contractus, daß beim gegenseitigen Vertrag Zug um Zug zu leisten ist.

Die Bestimmung des § 320 läßt aber deutlich erkennen, daß hier nicht beide Parteien zu gleicher Zeit, sondern eine nach der andern zu leisten brauchen. Er sagt: Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern.

Was heißt: bis zur Bewirkung der Gegenleistung? Bis der Gegner seine Leistung zu machen beginnt, oder bis er sie gemacht hat? Wir müssen zur Untersuchung der Frage, wie schon oben bei der Stellungnahme gegen Leonhard's Lehre vom Leistungsort, unterscheiden zwischen:

Leistung = Leistungshandlung
und
Leistung = Leistungserfolg.

Wie oben gezeigt, gebraucht das B. G.-B. das Wort Leistung einmal in diesem, einmal in jenem Sinn. Die Frage ist: in welchem Sinn ist es in § 320 gebraucht? Man kann beide Auffassungen vertreten und beidemal wird sich zeigen, daß Zug- um Zugleistung nicht als gleichzeitige Leistung aufgefaßt werden kann.

a) Nimmt man „Leistung" in § 320 = Leistungshandlung, so kann man dies folgendermaßen begründen:

Bis zur Bewirkung der Gegenleistung kann nur heißen: bis der Gegner seine Leistungshandlung bewirkt; Denn den Leistungserfolg braucht er nicht zu bewirken. Kraft des Schuldverhältnisses wird der Schuldner nur verpflichtet, gewisse Handlungen vorzunehmen, ob damit der gewünschte Erfolg — der meist identisch ist, mit dem „Leistungserfolg" — eintritt, ist unerheblich und ihn hat der Schuldner, wenn er seine Leistungshandlung ordnungsgemäß vollzogen hat, nicht zu vertreten.

Niemals kann der Gläubiger mehr als die Leistungshandlung verlangen,[1]) also kann er nicht mit der ihm obliegenden Leistung warten, bis der Leistungserfolg des Schuldners eingetreten ist; denn unter Umständen tritt derselbe überhaupt nicht ein. So z. B.: Wenn der Verkäufer dem Käufer auf dessen Verlangen die gekaufte Ware an dessen Wohnort sendet. Hat der Verkäufer die Ware ordnungsmäßig verpackt und der Bahn übergeben, so ist damit seine Leistungshandlung vollendet[2]), der Leistungserfolg dagegen tritt erst mit der Übergabe ein, und wenn z. B. durch Eisenbahnzusammenstoß die Ware vernichtet wird, tritt der Leistungserfolg überhaupt nicht ein.

b) Andererseits läßt sich aber wohl auch die Ansicht vertreten, daß Leistung bezw. Gegenleistung in § 320 identisch ist mit Leistungserfolg. Es läßt sich folgendermaßen begründen:

Das Motiv aus dem heraus der Gläubiger mit dem Schuldner einen Vertrag schließt, ist das, daß der Gläubiger etwas Bestimmtes erlangen will, was er nur erreichen kann durch die Handlung oder Mitwirkung einer andern Person, nämlich des Schuldners. Daß dieser diese Handlung auch vornimmt, um dessentwillen geht der Gläubiger den Vertrag ein. Nun ist ja freilich richtig, daß der Schuldner nur zu dieser Handlung verpflichtet ist und zu nichts mehr. Ob der Leistungserfolg eintritt geht ihn nichts an. Aber in Rücksicht darauf, daß ja ein Schuldverhältnis nicht um der Leistungshandlung des Schuldners willen, sondern um des Leistungserfolges willen — beides kann ja zusammenfallen (s. u.) — vorgenommen wird, muß doch das Gesetz darauf gleichfalls achten; denn praktisch ist der Erfolg die Hauptsache: Die Leistungshandlung ist nur das Mittel zum Zweck.

Erst mit dem Eintritt des Leistungserfolges ist ja oft der Gegner imstande zu prüfen, ob überhaupt ordentlich geleistet wurde.

Wie z. B. in dem oben angeführten Fall, daß der Verkäufer die Ware auf Wunsch des Käufers an dessen Wohnort sendet. Bevor der Käufer die Ware empfangen hat, kann er nicht prüfen, ob es keine andere ist u. s. w.

[1]) Oertmann in Seufferts Bl. f. Rechtspfl. 1908 S.

[2]) Die Pflicht, die Ware nicht zurückzuweisen und ähnliches fällt nicht unter den Begriff der Leistungshandlung, sondern ist eine Nebenpflicht.

Der Sicherungszweck der unter anderm in der Zug- um Zugleistung enthalten ist, würde nicht erfüllt werden, wenn in diesem Fall der Käufer schon leisten müßte, wenn der Verkäufer die Ware dem Spediteur übergeben hat, mit andern Worten, wenn er die Leistungshandlung vollzogen hat.

Man könnte nun einwenden: Der Leistungserfolg tritt ja trotz Vornahme der Leistungshandlung nicht immer ein und doch muß die Gegenleistung bewirkt werden. Es kann also der Zeitpunkt, in dem der Leistungserfolg eintritt, nicht der kritische sein.

Dagegen ist zu sagen:

Im normalen Verlauf der Dinge ist regelmäßig mit Sicherheit darauf zu rechnen, daß durch Vornahme der Leistungshandlung der Leistungserfolg bewirkt wird; ähnlich wie eine physische Handlung unter denselben Voraussetzungen dieselbe Wirkung, denselben Erfolg hat in der körperlichen Welt, so hat auch die Handlung, die juristisch als Leistungshandlung bezeichnet wird, in der Welt der Rechtsordnung unter den gewöhnlichen Voraussetzungen denselben Effekt, denselben Leistungserfolg.

Und in all diesen Fällen ist also der Eintritt des Leistungserfolges wohl dafür passend als geeigneter Moment für die Fälligkeit der Gegenleistung angesehen zu werden. Man muß ja bedenken, daß immer da, wo der Leistungserfolg nicht eintritt, in der Regel auch der Anspruch auf die Gegenleistung verloren geht — ein weiterer Beweis dafür, daß das Gesetz auch für den Erfolg Rücksicht nimmt. — Es bedarf ausdrücklicher, spezialer Gesetzesvorschrift, wenn trotz nicht Eintritts des Leistungserfolges der Anspruch auf die Gegenleistung erhalten bleiben soll; wie dies für außerhalb der Verantwortlichkeitssphäre des Schuldners liegende Umstände — die in vis maior, Verschulden des Gläubigers u. s. w. bestehen können — tatsächlich in §§ 323, 324 f. bestimmt ist.

Der Leistungserfolg ist also nicht bloß ein geeigneter Moment dafür, daß mit seiner Bewirkung die Fälligkeit der Gegenleistung eintritt, sondern er ist dazu viel passender und zweckentsprechender als der Moment der Bewirkung der Leistungshandlung.

Wir haben weiter oben schon den Einwurf gestreift: Der Leistungserfolg gehe den Schuldner nichts an, er sei nur zur Bewirkung der Leistungshandlung verpflichtet. Wir haben aber auch nachzuweisen versucht, daß der Leistungserfolg dennoch vom Gesetz berücksichtigt wird. Der Leistungserfolg ist ja der wichtigste Moment, sein Eintritt bewirkt das Erlöschen des Schuldverhältnisses und mit seinem Eintritt wird der eigentliche Zweck des Schuldverhältnisses erst erreicht.

Wie sehr das Gesetz auf diesem Standpunkt steht, ergibt sich aus § 267 B. G.-B.: Auch ein Dritter kann die Leistung bewirken, so daß das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Schuldner nicht persönlich zu leisten hat. In diesem Fall kann der Gläubiger nicht die Leistungshandlung vom Schuldner nochmals verlangen, da der Leistungserfolg eingetreten ist. Leistung ist deshalb hier in § 267 = Leistungserfolg zu setzen.

Ebenso in § 306: Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig. Leistung kann hier nicht mit Leistungshandlung identifiziert werden, denn es ist denkbar, daß die Leistungshandlung für den Schuldner unmöglich ist, während der Leistungserfolg trotzdem objektiv bewirkt werden kann. Diese Unmöglichkeit des Schuldners die Leistungshandlung vorzunehmen — sein Unvermögen — fällt aber nicht unter 306.[1])

Wird also tatsächlich im Gesetz der Leistungserfolg weitgehend berücksichtigt, so ist es wahrscheinlich, daß „Leistung" und „Gegenleistung" in § 320 gleich Leistungserfolg zu lesen sind, insbesondere, wenn man die andere dafür angeführten Gründe würdigt.

Ist aber hier Leistung gleich Leistungserfolg aufzufassen, so kann unmöglich Zug- um Zugleistung mit gleichzeitiger Leistung identifiziert werden, wenn man der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und der des Zurückbehaltungsrechtes gerecht werden will, denn:

Ist ein Vertragsteil berechtigt, die Gegenleistung zu verweigern bis zum Eintritt des gegnerischen Leistungserfolges, so ist klar, daß er mit Bewirkung der Leistungshandlung noch nicht zu leisten braucht; er ist vorher zu gar nichts also auch nicht

[1]) S. dazu E. Jur. W. 05,191, 08,713, die der gleichen Ansicht sind.

zur Vornahme der Leistungshandlung verpflichtet. Andererseits verhält sich aber Leistungshandlung zum Leistungserfolg wie Ursache und Wirkung. Die Wirkung kann vor der Verursachung logisch nicht eintreten, die Leistungshandlung ist zeitlich früher als der Leistungserfolg — Ausnahmen s. u. S. 68.

Erst in dem Moment aber, wo der Leistungserfolg eintritt ist ja der Gegner zur Vornahme seiner Leistungshandlung verpflichtet, wenn wir Leistung in § 320 = Leistungserfolg setzen; eine Leistungshandlung muß also früher sein. Die Bewirkung der Leistung der einen Partei ist ja, wie wir oben schon sagten, bedingt durch die Vollziehung der Gegenleistung; erst wenn diese Bedingung erfüllt wird, im selben Moment tritt die Fälligkeit der Gegenleistung ein.

So ist es auch nicht allein auf Grund des § 320, sondern auf Grund des § 322 — und ebenso des § 274 —. Es ist hier bestimmt: Die Fälligkeit der Leistung hängt ab von der Bewirkung der Gegenleistung oder wie das Gesetz wörtlich sagt in § 274 — und genau so dem Sinne nach in § 322: Es ist „der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der Gegenleistung zu verurteilen." In vielen Fällen ist aber der Leistungserfolg bedeutend später als die Leistungshandlung — z. B. beim Versendungskauf s. o. —. Ist also der Schuldner zur Leistung erst in dem Moment verpflichtet, wo er den Leistungserfolg des Gegners empfängt, so muß er in diesen Fällen erst dann seine Leistungshandlung vollziehen, wenn die des Gegners schon geschehen ist.

Und dies ist für uns wichtig. Zur Untersuchung unseres Themas, wie die Zug um Zugleistung auf den Erfüllungsort wirkt, kann es sich nur um die Leistungshandlung drehen, nur dazu ist ja wie gesagt, der Schuldner verpflichtet. Ist aber die Leistungshandlung beider Parteien nicht zugleich zu bewirken, so ist klar, daß die herrschende Lehre des Reichsgerichts nicht im Recht sein kann, da sie ihre Meinung stützt auf die Gleichzeitigkeit der beiden Leistungen.

Um das Resultat des Vorhergehenden kurz und klar zu wiederholen, sagen wir: Erst mit Eintritt des Leistungserfolges ist die Gegenpartei zur Leistung — und zwar zur Leistungshandlung — verpflichtet. Da aber die Leistungshandlung meist

vor dem Erfolg eintritt, ist mit Vornahme der Leistungshandlung vonseiten einer Partei die Gegenpartei noch nicht ihrerseits zur Vornahme der ihr obliegenden Leistungshandlung verpflichtet.

Nun ist ja zuzugeben, daß es viele Fälle gibt, in denen Leistungshandlung und Leistungserfolg nicht so scharf getrennt werden können, vielmehr zusammenfallen. So in all den Fällen, in denen die Leistungspflicht z. B. einem Dienstvertrag entspringt. Es besteht hier ja auch der Zweck um dessentwillen der Gläubiger den Vertrag schließt, in der Vornahme der Handlung, nicht dagegen hat er einen besonderen Leistungserfolg im Auge, der der Leistungshandlung nachfolgt. Hier ist vielmehr Leistungshandlung und Leistungserfolg so innig verbunden, dass die vollendete Leistungshandlung = dem Leistungserfolg ist. Mit Vornahme der Leistungshandlung entwickelt sich die Herbeiführung des Leistungserfolges. Z. B. Ich engagiere einen Hausburschen zur Verrichtung von häuslicher Arbeit. Oder ein Impressario engagiert einen Künstler zur Vorstellung an drei Abenden. Mit der Leistungshandlung am ersten Abend ist zugleich ein Teil des Leistungserfolges bewirkt. Man wird aber auch hier den Eintritt des Leistungserfolges als kritischen Moment für die Fälligkeit der Gegenleistung nehmen können, indem man hiefür den Zeitpunkt fixiert, in dem sich der Erfolg vollendet. Denn häufig hat ja auch eine teilweise Bewirkung des Leistungserfolges für den Gläubiger gar keinen Wert. Z. B. Ich bestelle mir zur Ausmalung eines Zimmers einen Maler; der Maler hat die Hälfte eines Bildes gemalt: Teilweiser Leistungserfolg ist hier gleichbedeutend mit Nichtbewirkung. Außerdem sprechen dafür auch die oben noch angeführten Gründe.

Aber auch wenn wir die Annahme vertreten, daß Leistung bezw. Gegenleistung in § 320 identisch ist mit Leistungshandlung[1]) so ergibt sich gleichwohl die Unwahrscheinlichkeit, daß

[1]) Diese Auffassung dürfte wohl die richtigere sein; denn da § 274 und und § 322 zur Leistung verurteilen, kann nur Leistungshandlung gemeint sein, da ja zur Bewirkung des Leistungserfolges keine Pflicht des Schuldners, und auch nicht die Möglichkeit besteht, ihn dazu zu verurteilen. Daß aber „Leistung" in den §§ 273, 320 eine andere Bedeutung haben soll als in den §§ 274, 322 ist nicht anzunehmen. Es ergibt sich dies außerdem aus § 320 selbst. Wenn hier das Gesetz dem Schuldner das Recht gibt, die Leistung zu verweigern, so kann es hiermit nur die Leistungshandlung meinen, da, wie gesagt, zur Bewirkung des Leistungserfolges der Schuldner ohnedies nicht verpflichtet ist, also auch keines eigenen Verweigerungsrechtes bedarf.

Zug um Zugleistung = gleichzeitige Leistung beider Parteien ist, aus folgenden Erwägungen:

1. Aus dem Wortlaut des Gesetzes.

2. Aus der in vielen Fällen vorhandenen Unmöglichkeit gleichzeitiger Leistung, wo gleichwohl nach dem Gesetz Zug um Zugleistung vorgeschrieben ist.

Ad 1.

α. § 320 sagt: Ein Vertragsteil kann seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Dies kann heißen: Er kann seine Leistung verweigern bis die Gegenleistung bewirkt ist, oder bis die Gegenleistung bewirkt wird. Zweifellos hat es die erste Bedeutung. Im andern Fall wäre ja sonst der von der herrschenden Lehre so häufig betonte Zweck der Sicherung, den die Zug um Zugleistung zu erfüllen habe, gar nicht möglich in all den Fällen, in denen auf der einen Seite die Leistungshandlung einen längeren Zeitraum hindurch dauert, während sie sich auf der andern Seite in einem Moment vollzieht. Z. B. Es hat jemand innerhalb fünf Monaten ratenweise ein bestimmtes Quantum zu liefern, während der Gegner zur Auflassung eines Grundstückes verpflichtet ist. Überhaupt wäre dieser Sicherungszweck in allen unter 2 aufgezählten Fällen nicht erfüllbar.

β. Daß der eine Vertragsteil warten kann mit seiner Leistung bis die Gegenleistung bewirkt ist — nicht wird — ergibt sich mit voller Deutlichkeit aus Abs. 2 des § 320. Es ist darin bestimmt, daß die Leistung dann nicht verweigert werden darf, wenn zwar von der Gegenseite erst teilweise geleistet, die Verweigerung der Leistung aber auf Grund besonderer Umstände gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Als ein solcher Umstand ist vom Gesetz selbst erwähnt: Geringfügigkeit des noch zu bewirkenden Teiles der Gegenleistung.

Wäre aber, wie die herrschende Lehre behauptet, von beiden Seiten zugleich zu leisten, so wäre diese Bestimmung überflüssig, denn dann würde sich ja aus dem Begriff der Zug um Zugleistung schon ergeben, daß die Leistung bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung nicht verweigert werden darf, da ja beide Parteien zugleich leisten müßten.

Der Sinn des Abs. 2 ist aber unzweifelhaft der einer Ausnahmevorschrift von Abs. 1: An und für sich ist eine Partei — beim gegenseitigen Vertrag — berechtigt ihre Leistung zu

verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt ist. Wenn aber von der Gegenleistung nur noch ein ganz geringfügiger Teil aussteht oder sonst etwas vorliegt, was die Verweigerung als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen läßt, soll der Gegner nicht berechtigt sein mit seiner Leistung zu warten bis die Gegenleistung vollständig bewirkt ist. Die Regel ist aber, daß eine Partei mit ihrer Leistung warten kann, bis die Gegenpartei geleistet hat, bis die Gegenleistung bewirkt ist.

Ist dies aber so, und ist zugleich richtig, was wir oben im Einklang mit der überwiegenden Meinung behauptet haben, daß in dem Fall des § 320 Zug um Zug zu leisten ist, so kann diese Zug- um Zugleistung nicht als gleichzeitige Leistung aufgefaßt werden, da sich eine solche mit § 320 nicht vereinigen läßt.

Ist aber in diesem Fall Zug um Zugleistung nicht gleichzeitige Leistung, so kann sie dies auch sonst nicht sein, da es nur einen Begriff der Zug um Zugleistung im Sinne des Gesetzes gibt.

γ. Im § 273 ist ja allerdings bestimmt: „. . . der Schuldner . . . kann . . . die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird". Es scheint dieser Wortlaut der herrschenden Lehre Recht zu geben, weil es heißt: „. . . . bis die . . . Leistung bewirkt wird". Man könnte also sagen: Bis zu dem Moment, wo die Leistung bewirkt wird, kann das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden; sobald aber die Leistungshandlung vollzogen zu werden beginnt, wird die zurückbehaltene Leistung fällig. Aber ergibt schon das oben unter α und β Gesagte die Unrichtigkeit dieser Annahme, so wird man durch eine Vergleichung der Fassung des § 362 mit § 273 in der Auffassung bestärkt, daß hier eine Ungenauigkeit im Ausdruck vorliegt.

§ 362 sagt: Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung bewirkt wird. Es ist klar, daß hier Leistung Leistungshandlung bedeutet, denn sonst könnte das Gesetz nicht von geschuldeter Leistung sprechen, da der Leistungserfolg nicht geschuldet ist. Wir haben hier also genau wortwörtlich die Ausdrucksweise des § 273: . . . „die Leistung bewirkt wird".

Hier in § 362 ist es aber evident, daß bewirkt wird eine unrichtige Ausdrucksweise des Gesetzes ist: denn es wird

niemand einfallen, behaupten zu wollen, daß das Schuldverhältnis erlischt, wenn die Leistungshandlung bewirkt wird d. h. im selben Moment, wo die Handlung vollzogen zu werden beginnt.

Es wäre sonst z. B. ein Maler, der mein Porträt zu malen verpflichtet ist, sobald er den ersten Strich macht, nicht mehr verpflichtet weiter zu malen, da er die Leistungshandlung begonnen hat, das Schuldverhältnis im selben Moment erloschen ist, der Maler also seiner Verpflichtung ledig wäre, da diese zugleich mit dem Schuldverhältnis erlischt. Der Widersinn, um nicht zu sagen der Unsinn einer solchen Auffassung ist so groß, daß darüber kein Wort verloren zu werden braucht. Es ist selbstverständlich, daß diese Ausdrucksweise des Gesetzes korrigiert dahin aufgefaßt werden muß, daß das Schuldverhältnis erlischt mit Vollendung der Leistungshandlung; also wenn diese bewirkt ist.

Wäre Leistung in § 362 = Leistungserfolg, dann ließe sich die Ausdrucksweise des Gesetzes halten: in dem Moment, wo der Leistungserfolg bewirkt wird erlischt das Schuldverhältnis. Aber wir haben ja schon gesagt, daß Leistung hier nicht Leistungserfolg heißen kann, da dieser nicht „geschuldet" ist.

Es ist nun nicht einzusehen, warum wir in § 273 das „bewirkt wird" nicht gleich setzen sollen „bewirkt worden ist", da es doch genau dieselbe Ausdrucksweise des Gesetzes ist wie in § 362.

Zudem ist noch ein anderer Umstand vorhanden, der für uns spricht: Nach allgemeiner Auffassung soll die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes dem Zurückbehaltungsberechtigten ein Pressionsmittel und damit zugleich eine Sicherung dafür gewähren, daß die ihm zustehende Leistung auch wirklich erfüllt wird. Dieser Zweck würde aber in allen Fällen, in denen dem Zurückbehaltungsberechtigten eine Leistung gebührt, die aus mehreren Einzelhandlungen besteht oder einen länger dauernden Zeitraum in Anspruch nimmt, vereitelt, wenn der Einredeberechtigte schon im selben Moment leisten müßte, wo der Gegner zu leisten beginnt.

Dagegen entspricht es sehr wohl der ratio legis in § 273, wenn der Zurückbehaltungsberechtigte seine Leistung verweigern darf, bis die Gegenleistung bewirkt worden ist. Erst in diesem Moment fällt das Recht die Einrede geltend zu machen; denn

dann ist der Zweck der Sicherung erreicht, das Einrederecht ist unnötig geworden, da der Anspruch, dessen Realisierung gesichert werden soll, erloschen ist.

Ad 2.

Gegen die herrschende Lehre spricht auch die Unmöglichkeit, die sich in äußerst zahlreichen Fällen ergibt, gleichzeitig zu leisten.

α) Bei sämtlichen gegenseitigen Verträgen ist der § 320 geltend, wonach die synallagmatischen Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen sind; es müßte denn für einzelne gegenseitige Verträge besondere Spezialbestimmungen getroffen sein, die die Vorschrift des § 320 neutralisieren. Soviel ich sehe, ist dies im B. G.-B. nur bei einigen Verträgen — Miete, Dienst- und Werkvertrag — und auch hier nur dispositiv geschehen.

Auch hier können die Parteien also vereinbaren, z. B. beim Dienstvertrag, daß die Entlohnung Zug um Zug gegen die Vornahme der Dienste zu entrichten ist.

Wenn wir uns weiter vor Augen führen, wie viele gegenseitigen Verträge es gibt, auf die alle § 320 anwendbar, eine gleichzeitige Leistung jedoch unmöglich ist, so müssen wir gestehen, daß es mehr Kategorien von gegenseitigen Verträgen gibt, bei denen § 320 im Sinne der herrschenden Lehre nicht anwendbar ist, als solche, wo sich eine solche Möglichkeit ergibt.

Im B. G.-B. sind besonders z. B. geregelt nur folgende gegenseitigen Verträge:

Sachen — gegen Geld (meist Kauf)
Sachgebrauch — gegen Geld (Miete)
Dienste gegen Geld (Dienstvertrag)
Werke gegen Geld (Werkvertrag)

Ebenso können ausgetauscht werden: sämtliche linksstehenden Leistungen untereinander und gegen andere derselben Gattung z. B. also außer den obengenannten:

Sachen gegen Sachgebrauch
Dienste gegen Werke
Werke gegen Sachgebrauch
Dienste gegen Sachgebrauch

oder:

Dienste gegen Dienste
Sachgebrauch gegen Sachgebrauch

u. s. w.

Außerdem gibt es eine Reihe von besonders geregelten Verträgen, die sowohl als einseitige, wie als gegenseitige geschlossen werden können. So ist z. B. der Verwahrungsvertrag begriffsmäßig kein gegenseitiger Vertrag. Ist dagegen — so möglich nach B. G.-B. — Vergütung vereinbart, so liegt ein echter, gegenseitiger Vertrag vor. Unter den Begriff des Verwahrungsvertrages gehören auch: die kaufmännische Verwahrung von Wertpapieren nach dem Depotgesetz vom 5. Juli 1896, ferner das Lagergeschäft des H. G.-B. §§ 416—424.

Unter den Werkvertrag gehören — trotz der Denkschrift[1]) — die hier auf Ähnlichkeit mit dem Dienstvertrag hinweist — das handelsrechtliche Kommissionsgeschäft. Ferner das Speditionsgeschäft mit seinen Besonderheiten: Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen[2]), dem Seefrachtgeschäft zur Beförderung von Gütern[3]) und Reisenden[4]), den Postbeförderungsgeschäften[5]), dem Frachtgeschäft im Binnenschiffahrtsverkehr[6]), Flößereivertrag[7]), Beförderung von Auswanderern[8]).

Zum Werkvertrag gehört auch der Verlagsvertrag[9]).

Es kann nun nicht unsere Aufgabe sein, sämtliche, irgendwo geregelten, gegenseitigen Verträge aufzuzählen. Aus den angeführten Verträgen ist zur Genüge zu ersehen, wie zahlreich dieses Gebiet ist und bei vielen dieser Verträge — die ja alle auch von Privatpersonen geschlossen werden könnten mit der Bestimmung der Zug um Zugleistung — sieht man auf den ersten Blick die Unmöglichkeit gleichzeitiger Leistung.

Bei dem Versuch einer rohen Systematisierung würden wir sagen:

Unmöglich ist die Gleichzeitigkeit der Leistungen:

---

[1]) S. 232; auch Cosack H. R. S. 226.

[2]) Vergl. H.-G.-B. §§ 453—473 und die Eisenbahnverkehrsordnung (vom 15. Nov. 1892, 18. Okt. 1895, 15. Nov. 1897, 26. Okt. 1899).

[3]) H.-G.-B. §§ 556—663.

[4]) H.-G.-B. §§ 664—678.

[5]) Gesetz über das Postwesen des deutschen Reiches vom 28. Okt. 1871, Postordnung für das deutsche Reich vom 20. März 1890.

[6]) Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895 in der Fassung der Bekanntmach. vom 20. Mai 1898 §§ 26—77.

[7]) Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei vom 15. Juni 1895.

[8]) Gesetz über das Auswanderungswesen vom 9. Juni 1897.

[9]) Reichsgesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901.

1. Überall da, wo die Leistung einer Partei auf einen längeren Zeitraum sich erstreckt, die Gegenpartei dagegen in einem Moment ihre Leistung vollziehen kann: z. B. Dienstleistung gegen Geld: Jemand verpflichtet sich auf ein Vierteljahr zur Verrichtung von häuslichen Diensten, der Gegner zur Zahlung einer Geldsumme. Oder noch deutlicher beim Werkvertrag: § 361 sagt: Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Wie soll hier, wenn die Parteien Zug um Zugleistung vereinbaren, gleichzeitig geleistet werden: Ein Maler verpflichtet sich mir mein Porträt zu malen, ich mich zu einem Honorar von 200 M. Der Maler braucht zu seiner Leistungshandlung eine gewisse längere Zeit, ich kann durch Zahlung meine Leistungshandlung in einem Moment vollziehen. Man könnte hier zugleich die Leistungshandlung beginnen: aber der Geldzahler ist mit dem Beginnen zugleich auch schon zu Ende, während der andere fast noch garnichts von seiner Leistungshandlung bewirkt hat. Die Einrede des § 320 wäre dadurch illusorisch gemacht.

2. Überall da, wo eine Leistung auf Unterlassen — ein Nichttuen geht — auf der anderen Seite auf Zahlung von Geld oder sonst einer Leistung von Sachen. Es ist hier wie unter 1.

3. Überall da, wo die Leistungshandlung mehrere Einzelhandlungen umfaßt z. B. beim Successivlieferungsvertrag, während der Gegner zur Leistung einer unteilbaren Sache: z. B. Auflassung eines Grundstückes sich verpflichtet. Hier sagt ja die herrschende Lehre des Reichsgerichts selbst in Bd. 68 S. 62: Die Einrede ist auch bei einheitlichem Successivlieferungsvertrag gegeben, hinsichtlich der Verpflichtungen aus den bereits geleisteten Raten[1]). Sie gesteht damit zu: Die eine Partei ist berechtigt ihre Leistung zu verweigern, bis die Gegenpartei ihre Leistung bewirkt hat, nicht bis sie dieselbe bewirkt. Sie gibt aber damit zu, daß hier eine Partei erst leisten muß, wenn die andere ihre Leistung schon vollzogen hat, daß also von einer Gleichzeitigkeit nicht die Rede sein kann, sondern nur von einem unmittelbaren Nacheinander. Ist dies aber bei dem

[1]) Fischer-Henle, B. G.-B. zu § 320, Anm. 2.

Successivlieferungsvertrag so, dann ist nicht einzusehen, weshalb es bei sonstigen Zug um Zugleistungen anders sein soll. Das Gesetz kennt doch nur einen Begriff derselben.

4. Überall da ist gleichzeitige Leistung unmöglich, wo gegenseitig Verträge über Grundstücke, die in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen, geschlossen werden, und die auf Austausch oder gegenseitige Belastung der Grundstücke gehen.

Aus dem in diesem Abschnitt Gesagten erhellt, daß es zahlreiche Fälle gibt, wo von einer gleichzeitigen Leistung nicht gesprochen werden kann. Wenn nun dagegen eingewendet wird: In diesen Fällen ist eben eine Zug um Zugleistung nicht möglich, so ist dieser Einwand eine Ausflucht, ich möchte fast sagen eine Bankerotterklärung der eigenen Ansicht. Ein Gesetz gibt doch seine Vorschriften, damit dieselben praktisch erfüllt werden, und wenn hie und da ein ganz besonders gearteter Fall vorkommt, wo die Vorschrift in der Praxis nicht verwirklicht werden kann, so erklärt sich das aus der Unvollkommenheit, die eben auch dem besten Gesetze anhaftet. Wenn aber das Gesetz eine Vorschrift von allgemeiner Bedeutung gibt — wie § 320 für alle gegenseitigen Verträge gilt — und doch ganze Klassen von Rechtsfällen existieren, auf die diese Vorschrift praktisch nicht angewendet werden kann, so muß man sagen: Das Gesetz ist eben nicht brauchbar. Ebenso ist dies aber auch der Fall bei Aufstellung einer Theorie. Diese mag für einige Ausnahmefälle versagen, versagt sie aber für ganze Kategorien von Fällen, so ist sie eben nicht brauchbar. Und wenn man vor die Alternative gestellt ist, zu entscheiden, ob eine Gesetzesbestimmung oder die darauf fußende Theorie praktisch nicht verwendbar oder nur beschränkt verwendbar ist, so wird man doch eher die Theorie, als die gesetzliche Vorschrift für nichts taugend erklären; zumal wenn sich auch noch eine andere Ansicht aus dem Gesetz ableiten läßt, die für alle Fälle die Anwendung des Gesetzes ermöglicht.

§ 9.

Lösung des Problems.

Auf Grund des Gesagten glauben wir unsere oben skizzierte Ansicht von der Zug um Zugleistung verteidigen zu können. Wir wollen sie jetzt etwas näher erläutern:

Die Zug um Zugleistung ist die typische Erfüllungsform für die Leistungspflichten aus dem gegenseitigen Vertrag. Und es ist ja zuzugeben, daß zur Wahrung der vollständigen Gleichberechtigung beider Parteien, die wir oben bei der kurzen Ausführung über die Natur des gegenseitigen Vertrages erwähnten, die gleichzeitige Leistung beider Parteien die idealste Vollziehungsform der synallagmatischen Vertragspflichten wäre.

Andererseits ist aber zu bedenken, daß diese Gleichzeitigkeit in nur wenigen Fällen — eine strenge Gleichzeitigkeit wohl überhaupt nie — realisierbar ist. Ein Gesetz, das diesem theoretischen Axiom der Gleichzeitigkeit entsprechen würde, würde aber in zahlreichen Fällen etwas Unmögliches verlangen; es wäre hier unanwendbar. In erster Linie ist aber doch ein Gesetz — dies ist ja sein einziger Zweck — bestimmt, angewendet zu werden. Es muß deshalb vor allem praktisch brauchbar sein; und wenn es auch mit der Theorie in Einklang bleiben soll, darf doch niemals einer theoretischen Forderung auf Kosten der praktischen Anwendbarkeit Rechnung getragen werden. Was theoretisch das Beste ist, ist nicht immer auch praktisch das Vorteilhafteste.

Es muß also das Gesetz hier auf das Vorschreiben einer gleichzeitigen Leistung verzichten. Die prinzipielle Gleichstellung beider Parteien wird dadurch gewahrt, daß das Gesetz jeder Partei das Recht gibt, ihre Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Wer zuerst leisten soll, kann das Gesetz nicht vorschreiben; andererseits darf es aber auch, wie sich aus dem oben Gesagten ergibt, nicht gleichzeitige Leistung vorschreiben. Es muß es dem guten Willen der Parteien überlassen, wer zuerst den Anfang machen will. Eine ausdrückliche Norm ist also hier nicht gegeben; doch ist auch so ein Leitfaden und Maßstab vorhanden, wonach sich die Leistungen abwickeln, das ist der Begriff von Treu und Glauben, der hier eine seiner bedeutendsten Aufgaben zu erfüllen hat. Es ist der objektive Beurteilungsmaßstab bei einem Widerstreit der Parteien.

Und aus ihm ergibt sich wohl auch das Recht der zuerstleistenden Partei, vom Gegner eine Sicherung dafür zu verlangen, daß er auch wirklich die Gegenleistung erhält. Eine Partei muß den Anfang machen; da sie aber nicht dazu ver-

pflichtet ist und da sie damit das ihr durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gewährte Sicherungsmittel verlieren würde, muß ihr gestattet sein, Sicherung vom Gegner zu verlangen. Zweifelsohne würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte der Gegner sich dessen weigern, andererseits aber auch nicht zuerst leisten. Mit einer Modifizierung der Staubschen Regel sagen wir also: Die Lösung liegt darin, daß die Partei, der am meisten an der Gegenleistung liegt (oder die das geringste Risiko hat) zuerst leistet, unter Umständen gegen Sicherheitsleistung.

Wir sagen „unter Umständen". So wie wir den Begriff der Zug um Zugleistung auffassen, ist dies nämlich nicht immer notwendig. Wir sagen: Im selben Moment, wo die eine Partei geleistet hat, ist die Gegenleistung fällig. Ein kontinuierliches, unmittelbares Aufeinanderfolgen der beiden Leistungen. In dem Moment, wo der Gegner die Leistung annimmt, muß er potentiell zur Gegenleistung bereit sein.

Wir fassen hier die unmittelbare Aufeinanderfolge der beiden Leistungen als einen elastischen, dehnbaren Begriff. Ist z. B. ein einheitlicher Leistungsort für beide Parteien vorhanden, so kann die unmittelbare Aufeinanderfolge rascher geschehen als bei verschiedenem Erfüllungsort. Sie kann bei manchen Fällen z. B. beim Handkauf so rasch geschehen, daß man ungenau von einer gleichzeitigen Leistung beider Parteien sprechen kann; obwohl natürlich auch hier nicht von einer Coincidenz der beiden Leistungshandlungen geredet werden kann. Und ich bin sicher, daß viele Anhänger der herrschenden Lehre, wenn sie sich die Mühe nehmen wollten, ihre Ansicht von der Zug um Zugleistung näher zu entwickeln, sagen würden, die „gleichzeitige" Leistung ist cum grano salis zu verstehen.

Aber — und hier ist es, wo wir uns von Plank und Kerßenbohm unterscheiden — wir stehen auf dem Standpunkt: Im Gesetz ist prinzipiell ein Nacheinander der beiden Leistungen vorgeschrieben und dies Nacheinander kann so rasch aufeinanderfolgen, daß man ungenau von gleichzeitiger Leistung sprechen kann, während die oben angeführten Schriftsteller die Auffassung haben: Prinzipiell und zuerst „Gleichzeitigkeit", wo dies nicht geht, „Nacheinander". Daß diese Auffassung nicht

richtig ist, ergibt sich aus dem zu 1 in § 8 Angeführten. Außerdem werden wir noch weiter unten darauf zu sprechen kommen.

Aus dieser unserer Auffassung ergibt sich, wie soeben gesagt, nicht immer, daß der Zuerstleistende Sicherheit verlangen darf; dann nämlich nicht, wenn es nicht notwendig ist. Nicht notwendig aber ist es meist bei einheitlichem Erfüllungsort beider Parteien. Sind beide Parteien anwesend, so verliert hier der Zuerstleistende bis zum Empfang der Gegenleistung nicht den Besitz, weil er die tatsächliche Gewalt über das Gut noch nicht verloren hat (§ 856 B. G.-B.). Hätte er den Besitz verloren und gäbe der andere Teil das Empfangene nicht sofort heraus, so könnte er es mit Gewalt wieder an sich nehmen. Denn wenn jemand eine Sache empfängt, für die er sofort eine Gegenleistung bewirken muss, ohne alsdann zu leisten, entzieht er sie dem andern ohne dessen Willen. Er begeht somit verbotene Eigenmacht und, da er sich auf frischer Tat befindet, kann ihm der Besitz mit Gewalt wieder entzogen werden. B. G.-B. §§ 858, 859.[1]) So sagt auch das Reichsgericht in Bd. 67 S. 388: War der Wille des Besitzaufgebenden von einer Gegenleistung abhängig, so muß auch zur Vermeidung verbotener Eigenmacht die Gegenleistung erfüllt sein.

Man sieht, auch nach unserer Auffassung gewährt die Zug-um-Zugleistung Sicherheit; allerdings nicht immer; immerhin fast genau in denselben Fällen, wie bei Annahme der herrschenden Lehre. Diese will aber die Sicherung durch Zug um Zugleistung ausdehnen auf Fälle, wo es einfach unmöglich ist, weil hier eben nicht gleichzeitig geleistet werden kann. S. vorhergehenden § unter 2. Aber die Zug um Zugleistung muß nicht immer Sicherung gewähren, wie wir unten näher ausführen wollen.

In Fällen, wo ein verschiedener Erfüllungsort für die Parteien vorhanden ist, oder wo eine längere Zeit währende Leistungshandlung einer solchen gegenübersteht, die sich in einem Moment erschöpft, wird sich eine Sicherheit notwendig erweisen

Diese kann nun auf verschiedene Weise bewerkstelligt werden:

[1]) Ebenso: Boethke in Gruchot Bd. 53 S. 317. Die Ablieferung d. Frachtgutes, und Senkpiehl: „Die Erhaltung des Frachtfaustpfandrechts" in Eisenb. E. 25, S. 204.

In vielen Fällen hilft hier schon ein vom Gesetz gewährtes Pfandrecht. Wie z. B. das Pfandrecht des Wohnungvermieters. Leistet der Vermieter zuerst, so wird er wohl — wenn auch nicht immer — in dem eingebrachten Mobiliar des Mieters Ersatz für den Mietzins bekommen können. Leistet dagegen der Mieter zuerst, so wird er — hat er zu dieser Zeit den Besitz der Wohnung eingenommen — eine eigene Sicherheit entbehren können, da ihm der Vermieter die Sache nicht wider Willen entziehen kann. Oder z. B. das Pfandrecht des Werkunternehmers. Dies wird nicht immer genügen. Lasse ich mir z. B. ein Bild malen und der Maler bekommt von mir sein Honorar nicht, so wird das Bild nicht immer durch Verkauf denselben Erlös einbringen; der Maler hätte hier seine Leistungshandlung vollzogen ohne genügende Gewißheit zu haben, daß er die Gegenleistung ganz bekommt. Anders, wenn der retinierte Gegenstand den Wert der Leistung des Werkunternehmens übersteigt wie z. B. beim Frachtvertrag, der ja, wie oben erwähnt, eine Abart des Werkvertrags ist. Transportiert hier der Frachtführer Edelsteine oder sonst etwas Wertvolles, so ist er gewiß, daß bei Nichtzahlung des Adressaten der Verkaufserlös übrig ausreicht, um seine Leistungshandlung in vertragsmäßiger Höhe zu bezahlen.[1])

[1]) Nebenbei sei hier noch eingeschoben: Die herrschende Lehre wird sagen, hier gibt es keine Zug um Zugleistung in praxi, und es ist eine müßige Spielerei theoretisch hier eine solche für möglich zu halten, da es praktisch bedeutungslos ist. Dies ist es aber nicht für Fälle, wie der vorhin angeführte von dem Maler. Es stehen sich Leistungshandlung gegen Leistungshandlung gleich gegenüber. Bei der gewöhnlichen nach § 641 B. G.-B. erneuten Regel, müßte hier der Maler zuerst leisten. Er könnte sich also nicht weigern, zuerst zu malen, bevor er Geld erhält. Da aber das Portrait des zu Malenden für andere Leute — von der Arbeit eines hervorragenden Künstlers abgesehen — lange nicht den Wert hat wie für diesen selbst, so hätte der Maler in dem Pfandrecht des § 647 nicht genügend Sicherung, daß seine Mühe, seine Leistungshandlung in vertragsmäßiger Höhe bezahlt wird.

Und hier wird die Ausmachung einer Zug- um Zugleistung praktisch. Wird diese von den Parteien vereinbart, dann braucht der Maler nicht zuerst zu leisten, er hat das Einrederecht des § 320. Wenn er jetzt zuerst leistet, hat er, um die Sicherung, die ihm § 320 gewährt, nicht zu verlieren, das Recht, vom Gegner eine Sicherheitsleistung zu verlangen. Dieser kann sich dessen nicht weigern, weil es, wie oben bereits ausgeführt — s. S. 77 — gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Es würde uns zu weit führen, wollten wir noch mehr derartige Beispiele anführen; sicher ist, daß auch bei andern Verträgen z. B. Dienstvertrag eine Zug- um Zugleistung praktisch von Bedürfnis sein kann. Wäre die Zug- um Zugleistung gleichzeitige Leistung, dann wäre sie nicht möglich, diese Regelung also für gewisse Kategorien von gegenseitigen Verträgen ausgeschlossen, was sicher nicht die Absicht des Gesetzes ist. § 320 gilt für alle gegenseitigen Verträge.

Wo dieses Pfandrecht keine genügende Sicherheit bietet, wird der zuerst Leistende Sicherheit verlangen können. Dies kann nun wieder auf zweierlei Arten geschehen.

a) In solchen Fällen, wo beide Parteien eine Leistung von beweglichen Sachen zu bewirken haben: Kauf, Tausch u. s. w., können die Parteien an einen Dritten leisten, der seinerseits jeder Partei die Leistung bewirkt. Dieser Dritte kann ja eventuell auch prüfen, ob beide Leistungen vertragsmäßig sind.

Als einen Unterfall dieser Art möchte ich die Lieferung gegen Nachnahme bezeichnen. Hier ist die Post der Dritte, an den beide Parteien leisten. Der Kaufmann, der dem Käufer zuerst leisten will, gibt die Ware zur Post, der Postbote gibt sie dem Käufer, der seinerseits diesem das Gald aushändigt. Die Post stellt es dann dem Verkäufer zu. Ähnlich, wenn man die Bahn benützt. Der Frachtführer oder Spediteur ist der unparteiische Dritte, dessen man sich bedient.

Auch hier kann man sich jedoch des unter b vorgeschlagenen Mittels bedienen.

b) In Fällen, wo auf einer oder beiden Seiten eine unbewegliche Sache zu leisten ist, oder wo sich die Leistung einer Partei auf einen längeren Zeitraum erstreckt, während der Gegner seine Leistung in einem Moment vollzieht, in solchen Fällen kann der Zuerstleistende verlangen, daß ihm der Gegner eine Sicherheitsleistung in Geld oder sonst wertvollen Sachen bestellt, die bei einer öffentlichen oder privaten Hinterlegungsstelle deponiert werden. Im Seefrachtgeschäft ist dies sogar die Regel. Nach § 624 H. G.-B. ist der Verfrachter im Fall des Streites über seine Forderungen zur Auslieferung des Gutes verpflichtet, sobald die streitige Summe hinterlegt ist.

Dieser Weg wird sich zuweilen auch für Fälle der Gruppe a als geeignetster erweisen. Hat z. B. X in Sidney dem Y in Hammerfest eine verkaufte Ware zu liefern, so sind die Frachtkosten auf einer so großen Strecke sehr bedeutend. Kommt die Ware in Hammerfest an, der Käufer ist unterdessen in Konkurs geraten und der Konkursverwalter nimmt gemäß § 17 K.-O. die Ware nicht an, dann muß der Absender die Kosten der Verfrachtung tragen, bekommt aber unter Umständen aus der Konkursmasse nur wenig oder gar keinen Ersatz. Es ist ja möglich, daß bei Absendung der Ware der Käufer noch

sehr gut stand. Eine so große Reise des Frachtgutes dauert jedoch oft Monate lang. Während dieser Zeit können sich die Vermögensverhältnisse gründlich ändern. Da aber nach § 320 jede Partei gleich sicher gestellt sein soll — eine Forderung die sich aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages ergibt, s. o. — darf sich der Käufer nicht weigern, Sicherheit zu leisten für die Frachtkosten. Würde der Verkäufer ohne eine solche leisten, so würde er immerhin Gefahr laufen, vielleicht keinen Ersatz zu bekommen; die vollständige Gleichstellung wäre nicht gewahrt, die § 320 den Parteien gewährt.

§ 10.

Widerlegung einiger Einwände.

I. Man könnte sagen eine Zug um Zugleistung in unserm Sinne würde sich zu unbrauchbarer Weite verflüchtigen, sie würde sich von einer Vorleistung im Sinne des § 321 nicht unterscheiden.

Dem ist nicht so. Nach § 321 ist fest bestimmt, wer zuerst leisten muß. Bei der Zug um Zugleistung ist jedoch keine Partei verpflichtet zuerst zu leisten. Es liegt im freien Willen der Verpflichteten. Klagt der Gegner in § 321 auf Vorleistung, so wird das Urteil in diesem Sinne ergehen, es wird nicht beschränkt durch die Einrede des § 320. Es ist weiter bei der Zug um Zugleistung kein Termin gesetzt, wann geleistet werden muß. Nach § 321 ist jedoch in Verbindung mit § 271 der Vorleistungspflichtige zu sofortiger Bewirkung der Leistung verpflichtet, wenn der Gegner es verlangt.

Außerdem nehmen ja auch verschiedene Anhänger der herrschenden Lehre an, wenn gleichzeitige Leistung nicht möglich ist, daß unmittelbar nacheinander geleistet werden muß. Sie betrachten eine derartige Leistung immer noch als eine Zug um Zugleistung. Kerßenbohm spricht hier von einer minder strengen Form derselben.

II. Man könnte weiter einwenden: Dadurch, daß § 273 die Wahl gibt zwischen Sicherheitsleistung und Zug um Zugleistung, geht mit voller Deutlichkeit hervor, daß das Gesetz, das mit Vorschrift des § 273 eine Sicherung bezweckt, die Zug um Zugleistung und Sicherheitsleistung als gleichgeeignet betrachtet zur Erfüllung dieses Zweckes. Die Zug um Zugleistung

muß also auch eine Sicherung schon durch die Art ihrer Vollziehung gewähren. Dies kann aber nur sein wenn gleichzeitig geleistet wird.

Dagegen ist zu sagen:

Wie oben ausgeführt ist die Zug um Zugleistung die typische Erfüllungsform für die gegenseitigen Verträge. Ihr vornehmlichster Zweck ist der, soviel wie möglich die Gleichstellung der beiden Parteien ersichtlich zu machen und praktisch durchführbar -- ich sage: „soviel wie möglich", deshalb, weil gleichzeitige Leistung vorzuschreiben nicht möglich ist, S. o. S. 73 —. Erst in zweiter Linie kommt dann die Funktion der Sicherung in Betracht, die vielfach durch die Zug-um Zugleistung erfüllt wird, aber nicht begriffswesentlich ist. Die Sicherung wird vielmehr gewährleistet durch die den Anspruch auf Zug um Zugleistung erzeugende Einrede des nicht erfüllten Vertrags und der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes. In erster Linie wird die Sicherung erreicht durch das Verweigerungsrecht bis zur Bewirkung der Gegenleistung und durch das dadurch gewährte Recht auf Sicherheitsleistung des Vorleistenden.

Dadurch, daß das Gesetz in § 273 die Möglichkeit gibt, durch Sicherheitsleistung die Zug um Zugleistung zu beseitigen, wird diese letztere nur indirekt genommen. Die Zug um Zugleistung ist, wie oben gesagt, ein Recht des Zurückbehaltungsberechtigten, das ihm gewährt wird durch die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes. Und diese Einrede ist es, die durch die Sicherheitsleistung abgewendet werden kann, und weil sie das Recht auf Zug um Zugleistung erzeugt, wird diese letztere damit gleichfalls abgewendet. Nicht also wird die Zug um Zugleistung durch Sicherheitsleistung deshalb abgewendet, weil ihr Sicherungszweck dadurch überflüssig wird -- diesen hat sie ja gar nicht in erster Linie — sondern weil die Sicherung, die die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes gewährt, dadurch überflüssig geworden ist. Dieses wird abgewendet und mit ihm muß die Zug um Zugleistung stehen und fallen.

Übrigens ist ja auch nach unserer Theorie die Zug um Zugleistung vielfach geeignet, den Sicherungszweck der Einrede der §§ 273, 320 selbst zu erfüllen, ohne eigene Sicherheitsleistung zu benötigen. Wir erinnern nur an die oben in

§ 9 S. 70 aufgeführten Fälle. Wir wollten uns im vorhergehenden Absatz nur dagegen wenden, daß man sagt: „Sicherung sei der einzige Zweck der Zug um Zugleistung; dieser Zweck könne aber nur durch gleichzeitige Leistung erreicht werden".

III. Was nun den Einwand anlangt, daß man sich auf die Motive beruft, welche sagen: „Zug um Zugleistung sei gleichzeitige Leistung der Parteien, so ist dies sehr leicht einzuschätzen".

Zunächst ist anzuführen, daß die Motive kein Gesetz sind. Wenn es uns also gelang, nachzuweisen, daß sich unsere Auffassung auf das Gesetz stützen kann, so kann uns der Wortlaut der Motive nicht entgegengehalten werden. Außerdem sind die Motive auf den I. Entwurf bezüglich.

Man kann sich wohl, wenn man eine geschlossene, auf das Gesetz gestützte Theorie vertritt, auch auf die Motive als weiteres Argument berufen; aber so wenig wie zur Verteidigung einer Anschauung es als genügend erachtet werden darf, wenn man sich nur auf die Motive stützen kann, so wenig ist der Wortlaut der Motive allein fähig, eine im Übrigen mannigfach begründete Ansicht zu widerlegen.

Außerdem kommt hier noch eine praktische Erwägung dazu Die Zug um Zugleistung unserer Auffassung hat viel allgemeineren Charakter wie die von den Gegnern vertretene Ansicht. Es lassen sich die Fälle ungezwungener und natürlicher lösen. Sie ist praktischer. Man wird sie um deswillen, trotz der Motive, eher annehmen, wenn sie auf das Gesetz gestützt werden kann. Insbesondere das Reichsgericht muß hierin beistimmen, da es in seinen Entscheidungen sehr häufig ist, daß eine schwer zu haltende Theorie nur deshalb vertreten wird, weil mit ihrer Hilfe praktischere Resultate erzielt werden.

§ 11.

Vorzüge unserer Theorie.

1. Vertritt man unsere Theorie von der Zug um Zugleistung, so ist klar, daß sie eine Veränderung des gewöhnlichen Erfüllungsortes des § 269 nicht erfordert. Zugleich ergibt sich damit auch die Haltlosigkeit der herrschenden Lehre des Reichsgerichts. Diese Anschauung basiert auf den Worten des § 269:

daß nur dann der Wohnort zugleich Erfüllungsort ist, wenn sich nicht aus den Umständen, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses etwas anderes ergibt. Ist nun Zug um Zug-leistung ein unmittelbares Aufeinanderfolgen der beiderseitigen Leistungen, so ergibt sich weder aus den Umständen, noch insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses die Notwendigkeit eines besonderen Erfüllungsortes, derselbe bleibt der gleiche wie bei einer gewöhnlichen Leistungsvollziehung.

2. Unsere Theorie ist viel geschlossener und einheitlicher wie die herrschende Lehre. Diese sagt: Zug um Zugleistung ist Gleichzeitigkeit beider Leistungen: ist diese nicht möglich, so ist sie unmittelbares Aufeinanderfolgen der beiderseitigen Leistungen; so Kerßenbohm im Anschluß an Plank.

Es ist dies ein Mangel an einer einheitlichen, zuverlässigen Norm. Es müßte immer erst geprüft werden, ob Gleichzeitigkeit möglich ist, und wenn die Unmöglichkeit festgestellt ist, dann soll Nacheinander geleistet werden. Wer soll aber diese Prüfung vornehmen, wenn nicht das Gericht? Das Gericht nimmt sie aber nur vor, wenn geklagt wird. Die Klage ist aber doch ultima ratio und soll gerade durch eine gute Regelung der rechtlichen Verhältnisse solang wie möglich hinausgeschoben werden. Nach unserer Theorie steht fest, daß eine Partei gutwillig zuerst leisten muß — wenn der Prozeß vermieden werden soll. Gerne wird sie auch dazu bereit sein gegen Sicherheitsleistung, oder wenn sie sonst kein sonderliches Risiko hat. Nach der herrschenden Lehre aber wäre oft der Fall möglich, daß eine Partei der Ansicht ist, es könnte zugleich geleistet werden, die andere dagegen die gegenteilige Auffassung hat. Es bliebe nichts übrig als die Entscheidung des Gerichts anzurufen — nur sein Ausspruch hat bindende Autorität — und was man vermeiden soll, wäre da: der Prozeß.

Auch dieses psychologische und motivationspolitische Moment spricht zu unsern Gunsten. Um nur ein Beispiel zu erwähnen, daß es praktisch öfters vorkommen kann: Nach der Oertmann'schen Lehre soll zur Ermöglichung der gleichzeitigen Leistung eine Partei unter Umständen verpflichtet sein ihre Leistung dem Gegner zu bringen. Diese Partei könnte auf ein derartiges Ansinnen des Gegners erwiedern: „In unserm Fall ist die Gleichzeitigkeit nicht möglich; ich kann

an meinem Wohnort leisten, doch leiste ich zuerst, wenn du mir Sicherheit gibst.“ Der andere könnte entgegnen: „Ich brauche keine Sicherung zu geben; wenn du auf mein Verlangen eingehst, ist gleichzeitige Leistung möglich; hierin liegt genügende Sicherung.“ Der Streit wäre in diesem Falle gegeben. Es müßte zur Klage kommen. Steht dagegen von vornherein fest: Keine der Parteien braucht rechtlich zuerst zu leisten, so wird in Ansehung dessen, daß man anders nicht zum Ziele kommen kann, eine Partei sich nicht der Erkenntnis verschließen, daß es eine Forderung von Treu und Glauben ist, wenn sie dem Vorleistenden Sicherung gewährt, da dieser sonst in seinem Rechte geschmälert wird.

Es ist diese Ansicht: „Prinzipiell Gleichzeitigkeit, ist diese unmöglich, Nacheinander“ auch gesetzlich nicht gerechtfertigt. Das Gesetz spricht nur von einer Art der Zug um Zugleistung, nicht wie Kerßenbohm, von einer strengen und minderstrengen. Es muß also unter Zug um Zugleistung immer dasselbe verstanden werden: Entweder Gleichzeitigkeit o d e r Nacheinander; nicht aber beides zusammen. Es wäre dies gerade so als wollte ich in einer mathematischen Gleichung x = 5 und = $5^1/_2$ setzen. X kann = 5 o d e r $5^1/_2$, nicht aber gleich Beidem gesetzt werden.

3. Unsere Theorie von der Zug um Zugleistung ist auch viel natürlicher anwendbar wie die gegnerische. Die Rechtsfälle lassen sich viel ungezwungener lösen; während die herrschende Lehre oft den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen Gewalt antut, um gleichzeitige Leistung zu ermöglichen; ihre Konstruktionen sind oft unnatürlich und geschraubt. Man wird dabei öfters an die griechische Sage erinnert an den von Theseus besiegten Wegelagerer Prokrustes. Dieser überfiel die Reisenden und jedesmal, wenn er einen besiegt hatte, legte er ihn in ein Bett von mittlerer Größe. War der Körper seines Opfers zu klein, so dehnte und zerrte er die Glieder desselben, bis sie oben und unten die Querwände des Bettes berührten; war er zu groß, so hackte er soviel an den Beinen ab, bis der Körper in das Bett paßte. So wird auch die herrschende Lehre von der Gleichzeitigkeit für viele Rechtsfälle die sich der Schablone nicht fügen, ein Prokrustesbett.